Die lehre von der stellvertretung nach römischem ...

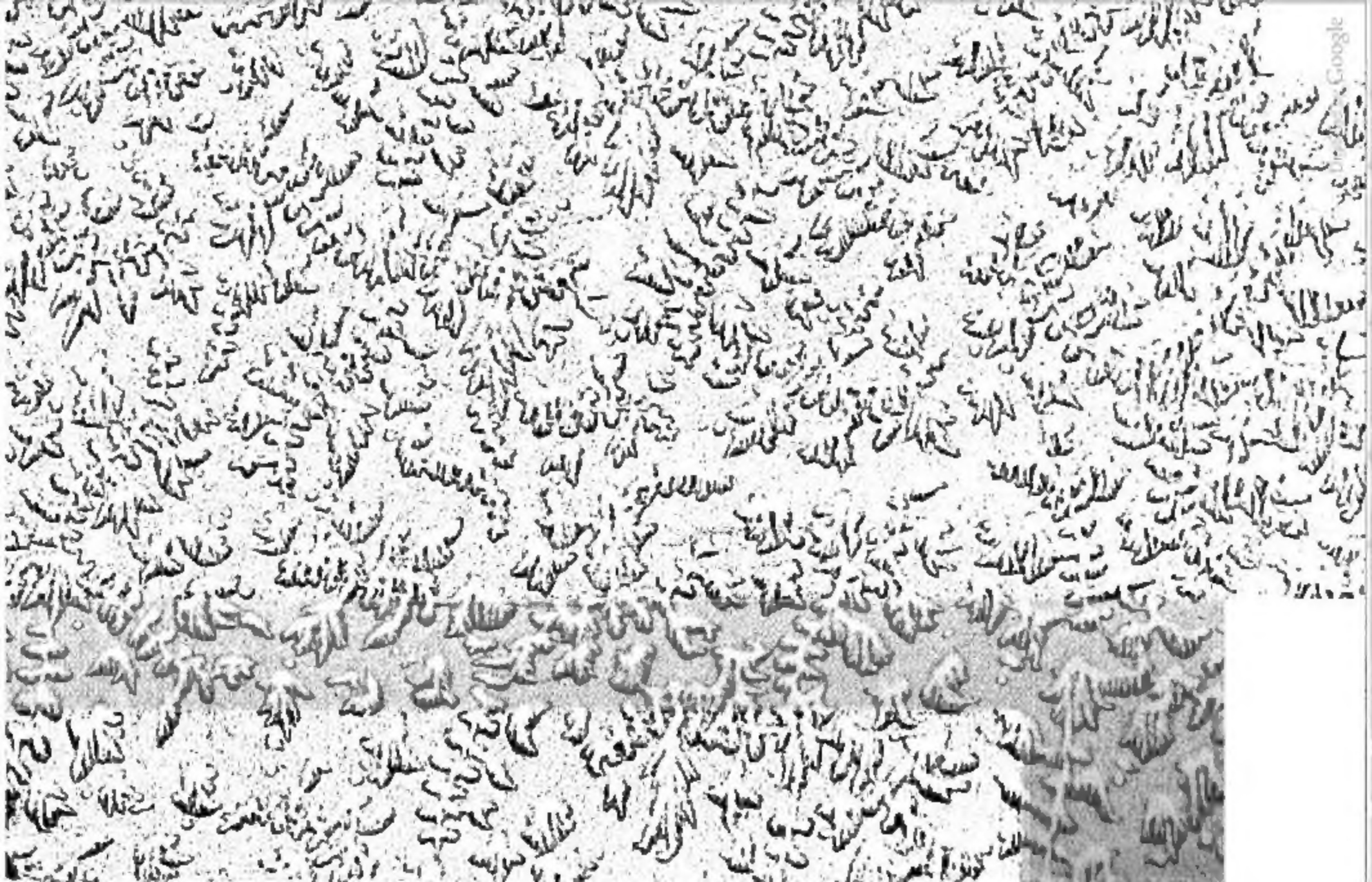
Ludwig Mitteis

7643
.646

Library of

Princeton University.
Presented by
William H. Buckler

Digitized by Google



۴۰

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Die

Lehre von der Stellvertretung

nach römischem Recht

mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes

von

Dr. Ludwig Mitteis,
Privatdocent des römischen Rechts an der Universität Wien.

Wien, 1885.

Alfred Hölder,
k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler,
Rothenthurmstraße 15.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

Digitized by Google

Vorwort.

So vielfach die Lehre von der Stellvertretung in neuerer Zeit zum Gegenstande eingehender und ersprießlicher Untersuchungen gewählt worden ist, ist der gegenwärtige Zustand dieser Materie dennoch durchaus kein befriedigender. Vielmehr führt die eingehende Beschäftigung mit der Literatur dieser Lehre zu der Ueberzeugung, daß die wissenschaftliche Erkenntniß hier von einem einheitlichen und befriedigenden Resultate noch weit entfernt ist. Verschiedene, einander widersprechende Auffassungen über die Principien, wirr durcheinanderlaufende Entscheidungen über die Einzelheiten, dazu Divergenzen über die Bedeutung des einschlägigen Quellenmaterials, das ist das Bild, welches die gegenwärtige Literatur der Stellvertretung aufweist. Die Pflicht der Wissenschaft, über derartige Differenzen hinaus zur Klarheit zu gelangen, ist aber im vorliegenden Falle eine um so dringendere, als die Stellvertretung vermöge ihrer fast allen Rechtsgeschäften entsprechenden Accommodationsfähigkeit heute ein Rechtsinstitut von eminenter praktischer Tragweite darstellt.

In dem Bestreben zur Erfüllung dieser Aufgabe beizutragen, fühlte der Verfasser in erster Linie die Nothwendigkeit, sich über die juristische Natur der Stellvertretung Klarheit zu verschaffen. Zu diesem Behufe wurden die in dieser Richtung aufgestellten Theorien einer Prüfung unterzogen und mußte, da sich bei dieser Prüfung ergab, daß keine derselben zur widerspruchsfreien Lösung der einschlägigen Probleme geeignet sei, eine befriedigende Construction der Stellvertretung gesucht werden. Dieser Bestrebung ist das erste Capitel des zweiten Buches gewidmet. Was hier als allgemeines Princip der Stellvertretung gefunden war, mußte geeignet sein, auf die zahlreichen praktischen Fragen, zu welchen dieses Rechtsinstitut

(RECAP) 7643 .G46

514927

Digitized by Google

Anlaß gibt, Antwort zu geben. Zu dieſer Beantwortung ſind die drei letzteren Capitel des zweiten Buchs beſtimmt und ſchien mir ein näheres Eingehen auf die Details, ja ſelbſt auf die Caſuiſtik der Lehre um ſo weniger überflüſſig zu ſein, als einerſeits gerade dieſe oft ſehr heiklen Einzelfragen vielfach ſummariſcher, als für die Sache von Vortheil war, behandelt worden ſind, und als andererſeits gerade die vollſtändige Durchführung im Einzelnen allein die ſichere Bürgſchaft für die Richtigkeit der aufgeſtellten Conſtruction zu gewähren vermochte.

Der dogmatiſchen Darſtellung mußte, als Gegenſtand des erſten Buchs, eine Reviſion der römiſchen Quellen vorausgeſchickt werden, weil die noch immer nicht unbeſtrittene und gerade in neuerer Zeit wieder in Fluß gebrachte Frage, inwieweit bereits das römiſche Recht Stellvertretung anerkannt habe, für die Behandlung des geltenden Rechtes vielfach von einſchneidender Bedeutung iſt. Außer dem Kreiſe der Darſtellung liegt dagegen die proceſſuale Stellvertretung, welche nur gelegentlich, wo ſie ſich mit materiellrechtlichen Fragen berührt, geſtreift wurde.

Nach Thunlichkeit wurden auch die Entſcheidungen der Praxis berückſichtigt, wobei ich bemerke, daß die Nummern der Entſcheidungen des öſterreichiſchen o. G. H. ſich auf GUW. beziehen.

Schladming, im Auguſt 1884.

Ludwig Mitteis.

Digitized by Google

Inhalts-Ueberſicht.

Einleitung

Seite
Abgrenzung der Stellvertretung von anderen Rechtsinſtituten I

Erſtes Buch.

Die Stellvertretung im römiſchen Recht.

§ 1. Die herrſchende Lehre vom Princip der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung im römiſchen Recht und die verſchiedenen Erklärungen dieſes Princips 9
§ 2. Die Gründe der Unzuläſſigkeit directer Stellvertretung im römiſchen Recht 13
§ 3. Verhältniß der actiones exercitoria und institoria zur Stellvertretung 25
§ 4. Der Umfang und die Quellenbeweiſe des Princips der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung. Dieſes Princip bezieht ſich vorwiegend auf das jus civile 32
§ 5. Die directe Stellvertretung in der Veräußerung und dem Erwerb von Sachen nach jus gentium, insbeſondere im Beſitzerwerb 51
§ 6. Stellvertretung durch Hingabe auf fremden Namen 67
§ 7. Die Erſcheinungen von Stellvertretung im prätoriſchen Recht . . . 69

Zweites Buch.

Das heutige Recht der Stellvertretung.

Erſtes Capitel.

Conſtruction der Stellvertretung.

§ 8. Ueber das herrſchende Princip der directen Stellvertretung . . 78
§ 9. Die Probleme der directen Stellvertretung 82

Seite

§ 10 Die gegenwärtigen Stellvertretungstheorien Theorie von Puchta, Vangerow u A. 84

§ 11. Fortsetzung. Die Theorie Savigny's 89

§ 12. Fortsetzung Die Repräsentationstheorie 97

§ 13. Uebergang zur eigenen Construction. Das Zusammenwirken des Vertreters und des Vertretenen 109

A. Die Vertheilung des Willens zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen und die juristische Wirksamkeit dieser Willenstheilung . . 112

B. Der Einfluß des äußeren Auftretens des Vertreters 123

§ 14 Fortsetzung. Die Beurtheilung stellvertretender Rechtsgeschäfte nach dem doppelten Gesichtspunkt der wahren Willensvertheilung und des äußeren Auftretens. Schematische Unterscheidung der möglichen Fälle 126

§ 15. Bote und Stellvertreter. Plan der folgenden Detaildarstellung . . 128

Zweites Capitel.

Die Vornahme des stellvertretenden Rechtsgeschäftes und die Wirkung desselben für den Stellvertreter (Grundverhältniß).

§ 16 Wann liegt Stellvertretung vor? Die contemplatio domini 138

§ 17 Die Wirkung des stellvertretenden Rechtsgeschäftes für den Vertreter. Allgemeine Bemerkungen 154

§ 18. Fortsetzung Die Wirkung obligatorischer Verträge für den Stellvertreter insbesondere 156

A Haftung des Stellvertreters für Dolus und Culpa bei Eingehung obligatorischer Verträge 156

1. Haftung des Stellvertreters für dolus in contrahendo . . 162

2. Haftung des Stellvertreters für culpa in contrahendo 162

3. Insbesondere von der Haftung des Stellvertreters bei Eingehung von Schuldverträgen für den Mangel der Vollmacht . . . 164

B. Haftung des dritten Contrahenten gegenüber dem Stellvertreter . . 176

C Ist der Stellvertreter in Eingehung obligatorischer Verträge berechtigt, den dritten Contrahenten auf Anerkennung der Thatsache, daß er mit ihm contrahirt hat, zu belangen? Kann der Dritte vom Stellvertreter verlangen, daß er ihn zur wirksamen Belangung des Principals in Stand setze? 176

§ 19 Wirkung der stellvertretenden Proceßführung auf den Stellvertreter 179

§ 20 Wirkung von stellvertretendem Besitzerwerb und Besitzstörung auf den Stellvertreter 180

Drittes Capitel.

Vollmacht und Ratihabition.

A. Die Vollmacht.

Seite

§ 21. Begriff der Vollmacht 18

§ 22. Die Ertheilung der Vollmacht 185

§ 23 Umfang der Vollmacht 188

§ 24. Erlöschen der Vollmacht 199

B. Die Ratihabition und die stellvertretende Negotiorum Gestio.

§ 25. Die juristische Natur der stellvertretenden Negotiorum Gestio . . 20

§ 26 Der Act der Ratihabition 214

§ 27 Das Rechtsverhältniß vor der Genehmigung . . . 228

§ 28. Einfluß von Zwischenfällen auf die Möglichkeit der Ratihabition 227

a) Tod 228

b) Verlust der Handlungsfähigkeit 233

c) Concurs 234

d) Verlust der concreten Dispositionsbefugniß . . . 234

§ 29 Von der Rückwirkung der Ratihabition . . . 239

I Bezüglich der Voraussetzungen der Entstehung des Rechtsgeschäfts u. zw

a) Bezüglich der subjectiven Voraussetzungen

α) Handlungsfähigkeit 247

β) Rechtsfähigkeit 248

b) Bezüglich der objectiven Voraussetzungen:

α) Existenz des Objects 248

β) Commercialität des Objectes 250

II. Von der Rückziehung bezüglich der Wirkungen des Rechtsgeschäfts u. zw. bezüglich des Erwerbs dinglicher Rechte . . . 250

III. Bezüglich des Besitzerwerbs 256

IV. Bei Obligationen 258

V. Im Fall von Aenderungen der Gesetzgebung . . . 260

VI. Im Fall von Präclusivfristen 261

VII. Bei zeitlich begrenzten Rechten überhaupt 260

Viertes Capitel.

Die Rechtswirkung der Handlung des Stellvertreters in der Person des Vertretenen (Hauptverhältniß).

§ 30. Uebersicht 265

Seite

I. Abschluß der Rechtsgeschäfte durch Stellvertreter.

§ 31 Handlungsfähigkeit 260
§ 32 Form des Rechtsgeschäfts 268
§ 33 Willensbestimmung. Insbesondere vom Irrthum 272
§ 34 Einfluß von Zwang und Betrug, welche an dem Stellvertreter verübt werden 277
§ 35 Scientia und mala fides 278
§ 36. Haftung des Principals für Dolus und Culpa des Stellvertreters . . 288
§ 37. Verhältniß des äußeren Auftretens des Stellvertreters zur Vollmacht . 296
§ 38. Einfluß örtlicher und zeitlicher Grenzen des Rechts bei der Vornahme von Rechtsgeschäften durch Stellvertreter 299

II. Die Wirksamkeit des stellvertretenden Rechtsgeschäfts für und gegen den Vertretenen.

§ 39 Rechtsfähigkeit 307
§ 40 Wirkungen des stellvertretenden Rechtsgeschäfts 308
§ 41 Ueber die heutige Anwendbarkeit der adjecticischen Klagen 308

Einleitung.

Das Rechtsinſtitut und der Gedanke der Stellvertretung gehören nicht zu der großen römiſchen Erbſchaft, die auf uns gekommen iſt; Sache und Begriff ſind vielmehr eine Errungenſchaft, die das moderne Rechtsleben und die neuere Jurisprudenz mühſam genug ſich ſelbſt geſchaffen haben. An dieſer Stelle iſt der Begriff der Stellvertretung als des Gegenſtands unſerer Unterſuchungen, ſoweit dies vorläufig möglich, klarzulegen. Dies kann freilich hier nur inſoweit geſchehen, als der Begriff heutzutage bereits geklärt iſt; inſofern er noch gegenwärtig beſtritten erſcheint, fällt ſeine Präciſirung in den Kreis der Unterſuchung ſelbſt hinein. Was hier gegeben werden kann, iſt alſo nicht ſowohl eine Definition der Stellvertretung, als eine vorläufige Bezeichnung des Objectes unſerer Darſtellung, eine Abgrenzung des Feldes für die nachfolgenden Erörterungen.

In dieſer Richtung hat die neueſte Forſchung bereits viel gethan. Die größten Irrthümer und Mißverſtändniſſe in der Frage, was man Stellvertretung nennen könne und was nicht, ſind glücklich hinweggeräumt. Das Verdienſt gebührt den bekannten Unterſuchungen von Brinz (krit. Blätter II.), Ihering (Jahrb. f. Dogm. I. und II. „Mitwirkung für fremde Rechtsgeſchäfte") und Schenkl (krit. Ueberſchau I. S. 315 flg.). Seitdem iſt dieſes Thema vielfach variirt worden und man kann ſagen, daß in den meiſten wichtigen Punkten bereits Einhelligkeit herrſcht. Wir entwickeln im Nachſtehenden die unbeſtrittenen Reſultate der heutigen Lehre.

I. Im weiteſten Sinne verſteht man unter Stellvertretung jede Handlung, welche man für einen andern, der ſie eigentlich ſelbſt hätte vornehmen ſollen, vorgenommen hat. Dies iſt der Sprachgebrauch des täglichen Lebens, die Ausdrucksweiſe des Laien, welcher auch in juriſtiſch

völlig belanglosen, in Handlungen von lediglich ökonomischer oder gesellschaftlicher Beziehung von Stellvertretung spricht. Juristisch aber ist dieser Begriff aus einem doppelten Grunde unbrauchbar. Einerseits ist er zu weit; denn die rechtlichen Verhältnisse, die in jener ökonomischen Vertretung gegeben sind, können der verschiedensten juristischen Qualification unterliegen; es kann Jemand die Interessen eines anderen an dessen Stelle als Mandatar, als Negotiorum Gestor, als Socius und als gemietheter Diener wahrnehmen; daher faßt ein Begriff der Stellvertretung, der dieselbe mit der Vertretung fremder Interessen identificirt, eine ganze Reihe von sehr verschiedenen Rechtsinstituten in sich. Hiedurch wird er natürlich werthlos, weil er noch einer beständigen Präcisirung bedarf. Andererseits aber wird der Begriff der Stellvertretung in diesem Sinne durch die bezeichneten Rechtsinstitute auch völlig erschöpft; die ganze Summe der rechtlichen Beziehungen, welche sich zwischen dem Vertreter fremder Interessen und dem Interessenten ergeben können, geht in den Kategorien des Mandats, der Negotiorum Gestio pp. ohne Rest auf.[1]) Die Vorstellung einer Stellvertretung in diesem Sinne löst sich also in bereits bekannten Rechtsinstituten völlig auf und stellt sich somit als ein Begriff ohne jegliche individuelle Realität dar. Aus diesem Grunde ist eine derartige Definition der Stellvertretung zu verwerfen.

Stellvertretung in juristisch belanglosen Handlungen ist also für uns undenkbar. Eine Action muß, um Stellvertretung zu sein, eine selbständige rechtliche Energie besitzen, welche über die abbezeichneten Rechtsinstitute hinausträgt. Solche Handlungen von eigener juristischer Expansion sind aber nur Delicte und Rechtsgeschäfte.

II. In Delicten jedoch ist Stellvertretung unzulässig. Denn Stellvertretung kann ein Ding nur insoweit sein, als das Recht ihm diese Qualification zuerkennt. Wer aber im fremden Namen delinquirt, bleibt selbst Delinquent; seine Absicht, die Verantwortung von sich abzulehnen, wird rechtlich nicht anerkannt. Das Delict wird also immer ihm auf eigene Rechnung geschrieben und kann höchstens auch der Vertretene nach Maßgabe einer etwa vorhandenen Anstiftung oder Mitschuld zur Verantwortung gezogen werden.

[1]) So spricht Holzschuher (Theorie und Casuistik III. S. 536 flg.) von „Verbindlichkeiten aus Stellvertretung". In dieser Rubrik folgt nun Mandat. a°. ex relatoria und institoria, negotiorum gestio und Assignation, wobei natürlich die letzteren Begriffe das einzig reelle darstellen und die allgemeine Bezeichnung ein werthloser Collectivname ist

Hienach kann der Begriff der Stellvertretung nur noch auf Rechtsgeschäfte bezogen werden, welche Jemand für einen andern vornimmt. Es ist aber auch hier noch Distinction nothwendig.

III. Man wird nämlich auch bei Rechtsgeschäften dann nicht von Stellvertretung reden können, wenn der Vertreter dieselben zwar im ökonomischen Interesse und auf Rechnung des von ihm vertretenen Interessenten, jedoch in der Weise vorgenommen hatte, daß dritten Personen gegenüber lediglich er ſelbſt direct berechtigt und verpflichtet sein soll; wenn also der Mandatar, Negotiorum Gestor pp. in diesem ihrem übertragenen Wirkungskreise Geschäfte mit dritten Personen abschließen, denen gegenüber sie selbst als ausschließend berechtigte und verpflichtete Contrahenten erscheinen. (Commission im Gegensatz zur Stellvertretung.) Denn wieder gilt hier, was wir oben sub I gesagt haben, auch diese Fürsorge für fremdes Interesse erschöpft sich in festgeschlossenen wohlbekannten Rechtsinstituten, nämlich in dem eigenen Rechtsgeschäft des Vertreters mit dem Dritten einerseits und in seinem Deckungsverhältniß zum Vertretenen (Mandat pp.) andererseits. Auch diese Art der Vertretung also wendet ihre juristische Breitseite bekannten Rechtsinstituten zu, welche auf Stellvertretung nicht reagiren, ihre stellvertretenden Functionen sind nur vom ökonomischen Standpunkt aus zu erblicken.

Es bleiben uns demnach nur jene Rechtsgeschäfte übrig, welche Jemand in Vertretung eines andern in der Weise vorgenommen hat, daß der Vertretene durch dieselben persönlich berechtigt oder verpflichtet werden soll. Hiemit wäre zunächst unser Standpunkt gekennzeichnet. Indessen soll, um von vornherein Misverständnissen vorzubeugen, gleich hier einiger Fälle gedacht werden, welche man öfters unter den Begriff der Stellvertretung subsumirt hat, obwohl sie ebensowohl im natürlichen als im juristischen Verstande der Betrachtung als Stellvertretung fremd sind.

IV. Schon nach dem natürlichen Wortsinn kann von Stellvertretung nur dort die Rede sein, wo für einen Andern in der Absicht gehandelt wird, um dessen persönliche Thätigkeit zu ersetzen. Selbst der Sprachgebrauch des täglichen Lebens redet von Stellvertretung nur in diesem Sinne. Es kann daher nur auf einer ganz oberflächlichen Betrachtung der Dinge beruhen, wenn folgende Fälle mit Stellvertretung verwechselt werden:

a) Der Fall, daß dem Rechtsgeschäft einer zwar handlungs- aber nicht verpflichtungsfähigen Person von ihrem gesetzlichen Vormund oder Curator der Consens ertheilt wird. Denn eine solche Person handelt selbst

und kann daher nicht gleichzeitig vertreten sein; umgekehrt setzt ja der Begriff des Consenses eine Handlung, zu welcher consentirt wird, voraus. Eine Verwechslung findet hier öfters insoferne statt, als es nach heutigem Recht sehr wohl möglich ist, daß der Vormund den Pupillen auch ohne dessen Mithandeln selbstthätig vertritt, daher man sehr häufig diesen Fall als gegeben ansieht, wo eigentlich eine selbstandige Handlung des Pupillen mit bloßem Consens des Vormunds vorliegt.[3])

b) Ebenso ist es kein Fall der Stellvertretung, wenn Jemand für einen Anderen in dessen Gegenwart ein Rechtsgeschäft vornimmt und dieser nch hiebei stillschweigend verhält. Denn hier eignet sich der letztere durch sein Stillschweigen die Aeußerungen des Sprechers an und wird hiedurch selbst Contrahent, so daß das Rechtsgeschäft als das seinige erscheint.[4])

V. Mit Unrecht bezeichnet man ferner häufig jene Rechtsgeschäfte als stellvertretende, durch welche Jemand über eine fremde Rechtssphäre verfügt, ohne daß jedoch sein Wille auf Vertretung fremden Interesses gerichtet wäre, wo vielmehr der Handelnde das Rechtsgeschaft im eigenen Namen und Interesse vornimmt und nicht sein auf Vertretung gerichteter Wille, sondern eine speciell von ihm erwirkte Dispositive des Staates es

[3]) Die Unterscheidung ist praktisch bedeutsam, weil im letzteren Falle die Wirkungen des Rechtsgeschäfts, in erster Linie nach dem Willen des Mündels, im ersteren aber nach dem des Vormunds zu beurtheilen sind.

In diesem Zusammenhang wird häufig auch noch hervorgehoben, daß auch bloße Solennitätspersonen, z. B. Notare, Actszeugen, ferner blos mechanische Gehilfen bei der Willenserklärung, z. B. Concipienten, Mundanten keine Stellvertreter sind. Dies braucht aber wohl keine besondere Erwähnung.

[4]) Die Quellen erwähnen hiefür den insbesondere praktischen Fall, daß einer von mehreren Miteigenthümern in Gegenwart der übrigen über das gemeinschaftliche Eigenthum verfügt; er ist nicht Stellvertreter, sondern die anderen handeln durch ihr Stillschweigen selbst l. 12 D de evict. 21, 2. Daher ist namentlich bei der processualen Vertretung zwischen dem wahren procurator praesentis, welcher Vollmacht hat und dem bloßen Beistand (Fürsprech, patronus) zu unterscheiden. Ersterer wird durch den Anwaltszwang für Anwaltsprocesse nothwendig gemacht; da die Partei hier nicht selbst handeln darf, muß der Anwalt für sie handeln, er ist deshalb wahrer Stellvertreter, auch wenn die Partei anwesend ist, demnach wird der Gegner durch ihn immer verpflichtet. Letzterer ist gar nicht Stellvertreter, wo er sagt, verpflichtet die Partei nur so, als ob sie es selbst vorgebracht hätte. (§. 77 R. C. P. O.) Diese Unterscheidung macht sich auch praktisch geltend, z. B. bei der Frage, ob wissen scientia es bei der Ausschließung der Nichtigkeitsbeschwerde wegen stillschweigenden Verzichts ankommt. (§. 267, R. C. P. O.)

iſt, welche Anderen die Verbindlichkeit aufbürdet, dieſe Verfügungen über ihre Rechtsſphäre gelten zu laſſen.

Derartige Verhältniſſe werden vom Rechte geſchaffen, um dem Gläubiger durch die ihm verliehene Verfügungsgewalt über das Vermögen des Schuldners zu ſeiner Befriedigung zu verhelfen. Es gehören hieher namentlich die Rechtsinſtitute der Realexecution, der executiven Sequeſtration und des Concurſes.

Die bezeichneten Zwangsmaßregeln ſind lediglich eine Handhabe des Gläubigers, durch welche derſelbe ſein eigenes Recht zur äußerſten, unwiderſtehlichen Kraftentfaltung bringt und eben weil ſie nur eine Ausübung ſeines *eigenen* Rechts bedeuten, welches in ſeinem letzten Entwicklungsſtadium den Schuldner mit ſeinem ganzen Vermögen unter ſich niederwirft, iſt es ſchon aus dieſem Geſichtspunkt verkehrt und der natürlichen Anſchauung der Dinge widerſprechend, hier von einer Stellvertretung des Schuldners durch den Gläubiger zu ſprechen. Es widerſtreitet jeder unbefangenen Auffaſſung, den Gläubiger deswegen einen Stellvertreter des Schuldners zu nennen, weil er ihn vielleicht aus Haus und Hof vertrieben hat und ſo an ſeine Stelle gekommen iſt. Schon aus dieſem Grunde kann man nicht blos dem Exequenten und Sequeſtranten, ſondern auch der Geſammtheit der Concursgläubiger oder, was beſonders häufig geſchieht, ihrem Organ, dem Concursverwalter, nicht das Prädicat von Stellvertretern zuerkennen. Alle dieſe Perſonen handeln nämlich im eigenen Berufe und denken gar nicht an Vertretung. So ſind denn auch lediglich ſie Diejenigen, deren Wille für die rechtlichen Wirkungen der verſchiedenen executiven Negotiationen maßgebend iſt; der Executt iſt niemals Subject des Realiſirungsgeſchäftes und deshalb treten auch die beſonderen Rechtsſätze, welche die Stellvertretung beherrſchen, für dieſes Geſchäft gar nicht ein. So iſt z B eine Concursmaſſe zweifellos in der Lage, auch ſolche Rechtsgeſchäfte vorzunehmen, welche der Gemeinſchuldner wegen mangelnden Commerciums oder aus anderen Gründen perſönlich nicht hätte vornehmen können. Und hierin zeigt es ſich auch praktiſch, daß an eine bei der Execution etwa ſtattfindende zwangsweiſe Stellvertretung nicht gedacht werden kann [1])

[1]) Deſſenungeachtet neigt ſich die neuere Theorie des Concursrechts der Annahme einer Stellvertretung zu, *Schultze*, Concursrecht § 36 flg. (welcher freilich auch bei der Nebenintervention Stellvertretung ſupponirt, Zeitſchrift für deutſchen Civ. Pr II S 21, 47 flg.), *Meisner*, Conc Ordg Einl S 37, *Mandry*, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgeſ S 388 u. a.

Darüber, daß auch beim Pfandverkauf keine Stellvertretung ſtattfindet, vgl auch l 38 D de evict 21, 2, vgl. ferner *Exner*, Hyp. Recht S. 233, 336.

VI. Man iſt ferner einig, auch den heutzutage allerdings unpraktiſchen römiſchrechtlichen Erwerb des Gewalthabers aus Acquiſitivhandlungen der Gewaltunterworfenen aus dem Gebiete der Stellvertretung zu verweiſen. Dem kann beigeſtimmt werden; nur genügt es nicht ganz, dieſen Satz, wie es gewöhnlich geſchieht, damit zu begründen, daß die Stellvertretung als ein Rechtsgeſchäft vom Willen der Parteien abhängig ſein müſſe, während jener Erwerb unabhängig von einem darauf gerichteten Parteiwillen kraft Rechtsnothwendigkeit eintrete. Man überſieht nämlich hiebei, daß es noch andere wichtige und tiefgreifende Unterſchiede zwiſchen dem Erwerb des Gewalthabers und der Stellvertretung gibt, welche uns gleichfalls beſtimmen müſſen, die Grenzlinien der Stellvertretung dieſſeits des hausväterlichen Erwerbs zu ziehen. Während nämlich bei echter Stellvertretung der Stellvertreter ſich aus ſeinem Rechtsgeſchäfte nicht perſönlich berechtigt und verpflichtet, überträgt jener römiſche Dominicalgewinn nur die activen Elemente des Rechtsverhältniſſes in die Perſon des Gewalthabers, während die paſſiven verpflichtenden Functionen desſelben in der Perſon des Gewaltunterworfenen beſtehen bleiben. Schon dieſer Umſtand ſchließt den Gedanken an Stellvertretung aus, da man doch ein Rechtsgeſchäft nicht zur Hälfte ein ſtellvertretendes, zur Hälfte ein Propregeſchaft nennen kann. Hiezu kommt aber noch, und dies iſt ausſchlaggebend, daß der Erwerb durch Stellvertreter ſich von dem durch Hausunterthänige auch praktiſch weſentlich unterſcheidet. Denn während der Stellvertreter das zu erwerbende Recht gar nicht, auch nicht gedankenmäßig erwirbt, begründet der Hausunterthänige das Recht wenigſtens gedankenmäßig in ſeiner eigenen Perſon, und erſt das ſo begründete Recht geht auf den Dominus über. Darum kann z. B. der Stellvertreter als ſolcher ein Rechtsgeſchäft mit ſich ſelbſt abſchließen [5]), der Gewaltunterworfene nicht, weil ein Recht einer Perſon gegen ſich ſelbſt nicht gedacht werden kann. [6])

VII. Endlich ſind von aller Stellvertretung ſcharf zu trennen die

[5]) Vgl. Römer in Goldſchmidt's Zeitſchr XIX. S. 67 flg. und unten § 24 VI

[6]) l. 2 D de stip. serv. 45, 3. Dem ſteht nur ſcheinbar entgegen l. 130, D de V. O. 45, 1, worüber das Nähere unten § 23, sub. VI, Note. Allerdings iſt aber die Entſtehung des Rechts in der Perſon des Stellvertreters nur eine gedachte, l. 70 D de A. v. O. H. 29, 2 Unſere Schriftſteller pflegen übrigens den Satz des Textes zumeiſt zu überſehen; die richtige Anſicht iſt ausgeſprochen bei Dietzel, das Re Mac. S. 22, und Girtanner, Stip. S. 280.

Verträge zu Gunsten Dritter. Denn der Promissar stipulirt dieselben nicht als Vertreter des Begünstigten, sondern im eigenen Namen. Eine nähere Begründung hiefür zu geben, ist in Anbetracht des heutigen Standes der Wissenschaft nicht geboten; es genügt, auf die wohlbekannte Literatur der pacta in favorem tertii zu verweisen, welche diesen Punkt stets mit besonderer Vorliebe erörtert hat.

Hiemit ist nun das Feld unserer nachfolgenden Untersuchungen vorläufig genügend abgesteckt. Innerhalb des so bezeichneten Kreises liegt nur noch jene Thätigkeit, welche eine rechtsgeschäftliche ist und welche, nicht zu eigenen Rechten und Pflichten, und nicht kraft eigenen Rechtes und Interesses, und nicht im eigenen Namen, sondern für einen Andern vorgenommen, für diesen Andern directe rechtliche Wirkungen erzeugt. Der Kreis, den wir gezogen haben, umfaßt aber, wie der Kundige sofort sieht, noch eine Erscheinung, welche man gewöhnlich gleich beim Eintritt in die Untersuchungen über Stellvertretung mit kurzer Motivirung vor der Thüre zu lassen pflegt, nämlich die Gehilfen bei Rechtsgeschäften, insbesondere den technisch so genannten Boten. In dieser herkömmlichen Unterschätzung des Botenbegriffs liegt jedoch eine Uebereilung, welche, wie ich fürchte, unserer Lehre sehr geschadet hat. Ich glaube, der Bote ist mit der ganzen Lehre von der Stellvertretung so innig verquickt, daß man ihn nicht kurzweg von derselben ausschließen kann, und es vielmehr späteren Untersuchungen vorbehalten bleiben muß, seine Stellung in diesem Gebiete näher zu präcisiren.

Indem wir uns hiemit der gestellten Aufgabe zuwenden, erscheint es als eine unerläßliche Voraussetzung einer sicheren und gründlichen Lösung der obschwebenden dogmatischen Fragen, eine nochmalige Revision der Quellen vorzunehmen. Bis vor Kurzem konnte man es als ein Axiom der romanistischen Wissenschaft ansehen, daß das classische romische Recht Stellvertretung im Allgemeinen nicht, und nur ausnahmsweise im Besitzerwerb anerkannt habe. Dieses Axiom wird nun angefochten von zwei neueren Schriftstellern, welche ganz neue Behauptungen zu begründen suchen, freilich jeder das Gegentheil der vom Andern aufgestellten. Schloßmann[7]) sucht auszuführen, daß das römische Recht wie überall auch im Besitzerwerb Stellvertretung nicht anerkannt habe, während Hellmann[8]) den Nachweis unternimmt, daß das römische Recht, wie im Besitzerwerb

[7]) Der Besitzerwerb durch Dritte, Leipzig 1881.
[8]) Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882.

ſo auch in allen anderen Rechtshandlungen mit der Stellvertretung wohl vertraut ſei.[9]) Aber auch in Bezug auf die Anwendung der inſtitoriſchen und exercitoriſchen Klage regt ſich neuerdings der alte Zweifel, und ſo iſt der Zuſtand der Stellvertretung im römiſchen Recht wieder zu einer vielberegten Frage geworden. Ueber dieſe Frage müſſen wir uns zur Klarheit kommen, ehe wir in die dogmatiſche Darſtellung eintreten; denn wenn das römiſche Recht Stellvertretung bereits kannte, ſo erſcheinen uns zahlreiche Quellenausſprüche in einer ganz anderen, für das geltende Recht viel maßgeblicheren Bedeutung, als wenn dies nicht der Fall iſt. Mancher Satz der Quellen, den wir heute als unanwendbar zur Seite liegen laſſen, müßte als geltendes Recht reſpectirt, und manches, was wir heute entſcheiden, müßte anders entſchieden werden, wenn wir an das Gebot des römiſchen Rechts unbedingt gebunden wären.

Eine Reviſion der Quellen iſt alſo nothwendig, und eine ſolche, aber auch nur eine ſolche iſt es, die wir im Nachſtehenden unſerer dogmatiſchen Darſtellung zu Grunde legen. An dieſer Tendenz der nachfolgenden Erörterungen ändert es auch nichts, wenn wir verſuchen, uns über die Gründe der Ausſchließung directer Stellvertretung im römiſchen Recht klarer zu werden, als gewöhnlich geſchieht, oder wenn wir die Behauptung aufſtellen, daß der eigentliche Sitz dieſes negativen Princips das römiſche Civilrecht iſt und daß das prätoriſche Recht bereits zur Anerkennung der Stellvertretung hinneigt. Mit alledem iſt keine Geſchichte der Stellvertretung im römiſchen Recht intendirt; eine ſolche wäre bei dem Zuſtande der Quellen für unſere Frage ein völlig unerſprießliches und vergebliches Beginnen, wie ſich im Folgenden wohl von ſelbſt ergeben wird.

---

[9]) Faſt ſcheint es, als hätte dieſer Gedanke, wenigſtens für das Juſtinianiſche Recht, bereits Anklang gefunden. So ſagt zweifelnd Schultze (Privatrecht und Proceß S. 134) Sollte die vertragsmäßige wirkliche Stellvertretung ſelbſt im Juſtinianiſchen Rechte noch nicht voll zur Entwicklung gekommen ſein — was hier nicht erörtert werden kann — ſo würden darin eben lediglich rudimentäre Nachwirkungen der früheren formula und ihres Rechtes zu erblicken ſein.

Erſtes Buch.

Die Stellvertretung im römiſchen Recht.

§ 1

Die herrſchende Lehre vom Princip der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung im römiſchen Recht und die verſchiedenen Erklärungen dieſes Princips.

Wir haben bereits am Schluſſe der vorſtehenden Einleitung bemerkt, daß bis in die neueſte Zeit unter allen Schriftſtellern — mit einziger Ausnahme von Savigny — darüber Einſtimmigkeit herrſcht, daß das römiſche Recht die Stellvertretung principiell abgelehnt habe

Wir ſind aber heutzutage ſo ſehr von dem Gedanken der Natürlichkeit und Selbſtverſtändlichkeit der directen Stellvertretung umfangen, daß es uns ſchwer wird, uns in ein Rechtsſyſtem hineinzufinden, welchem dieſer Gedanke etwas fremdes und heterogenes iſt. Und darum hat die romaniſtiſche Literatur wiederholt Verſuche gemacht, dieſe eigenthümliche Erſcheinung des römiſchen Rechts zu erklären.

Der erſte Verſuch ging freilich von einer Gruppe von Schriftſtellern aus, welche ſich in dieſen Gedanken ſo ſehr hineingelebt hatten, daß ſie ſchließlich in demſelben mehr als eine eigenthümliche und vorübergegangene hiſtoriſche Erſcheinung erblickten, und ihn zu einem Rechtsprincip von unabweislicher Richtigkeit ſtempelten, welches auch vom heutigen Rechte noch in voller Geltung anerkannt werden müſſe. So wenig dieſe letztere Meinung Anklang und weitere Verbreitung gefunden hat, ſo hat doch die von ihren Vertretern aufgeſtellte hiſtoriſche Erklärung vielfach auch von ſolchen Schriftſtellern Anerkennung gefunden, welche dem heutigen Rechte das Princip der directen Stellvertretung vindicirten.

Der erwähnte Erklärungsverſuch wurde wohl zuerſt aufgeſtellt und ſcharf formulirt von Mühlenbruch.[10])

Er betrifft zunächſt nur die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung in obligatoriſchen Verträgen, und geht dahin, das römiſche Recht faſſe die Obligation als ein höchſt perſönliches Verhältniß zwiſchen Gläubiger und Schuldner auf, welches ohne Zerſtörung ſeines Weſens gar nicht übertragen werden könne. Aus dieſem Grunde ſei die Ceſſion, aus dieſem Grunde auch die Stellvertretung beim Erwerb von Forderungsrechten principiell unzuläſſig geweſen. Gegen dieſe Anſicht iſt aber ſchon längſt von Scheurl[11]) der Einwand erhoben worden, daß ja, wenn wirklich directe Stellvertretung anerkannt wird, die Vorausſetzungen dieſer Argumentation gar nicht vorliegen, indem in dieſem Falle das Obligationsverhältniß, ohne durch die Perſon des Stellvertreters hindurchzugehen, ſofort in der Perſon des Vertretenen entſteht, ſomit von der Uebertragung einer Obligation alsdann keine Rede ſein kann. Dieſer Einwand iſt ſo ſtichhältig, die in Mühlenbruch's Erklärung liegende petitio principii ſo offenſichtlich, daß man damit jenen Verſuch als beſeitigt anſehen kann.

Das Unſtatthafte und Unzulängliche dieſer Deduction fühlend, haben die neueren Schriftſteller vielfach die Frage von dem logiſchen auf das ethiſche Gebiet hinüber ſpielen zu müſſen geglaubt. Unger[12]) und Laband[13]) heben hervor, daß das römiſche Recht dem ſubjectiven Willen eine Souveränetät beimeſſe, kraft deren ſich derſelbe nicht zur Durchgangsſtation für fremde Intereſſen herabwürdigen könne, und daß ein gewiſſer Egoismus, eine übertriebene Sorge für die Selbſtſtändigkeit des Individuums es als unthunlich habe erſcheinen laſſen, daß daſſelbe ſich zum

---

[10]) Ceſſion § 2. Pandekten § 130, 131. Der Anſicht, daß auch heutzutage die directe Stellvertretung noch unzuläſſig ſei, ſind ferner Kuntze, Oblig. und Singularſucceſſion, Buchta, Pand. § 260 und Vorleſ. § 295. Wening-Ingenheim, Lehrb. II. § 53 (jedoch nicht ohne eine eigenthümliche Modification), Wangerow, Stintzis in der 1. Auflage ſeines Civilrechtes, welcher jedoch ſpäter ſeine Anſicht geändert hat (3. Aufl. § 102, Not. 15), Unterholzner, Schuldverhältniſſe I. S. 188, Fritz, Erläuterungen S. 233, Schilling, Lehrbuch S. 151. Von Schriftſtellern, welche die Mühlenbruch'ſche Erklärung für das claſſiſche Recht adoptiren, ohne unſere heutige freie Stellvertretung in Abrede zu ſtellen, nenne ich ſtatt aller Buchka, Stellvertretung § 1, Wächter, Würt. Priv. R. II. S. 677.

[11]) Krit. Ueberſchau II. S. 330—2.

[12]) In Iherung's Jahrb. für Dogmatik. X. S. 12 ff.

[13]) In Goldſchmidt's Zeitſchr. X. S. 186.

Diener fremden Erwerbswillens erniedrige. Die moderne Weltanſchauung erſt habe die Sorge für das Wohl des Nächſten, die chriſtliche Tugend der Nächſtenliebe zu einem Rechtsprincip erhoben, welches ſich in der Zulaſſung der directen Stellvertretung und der Verträge zu Gunſten Dritter äußere.

Innerlich befriedigend iſt dieſe Anſicht ſchon wegen ihrer außerordentlichen Allgemeinheit, welche jeden ſpeciellen Beweis für ihre Richtigkeit unmöglich macht, nicht. Darum haben denn auch ihre Vertreter es an einer Nachweiſung der Tragweite dieſes angeblichen römiſchen Gedankens ganz fehlen laſſen müſſen und nur wenige Ausſprüche der Quellen beizubringen vermocht, in welchen ſich Emanationen dieſer ethiſchen Richtung finden ſollen. [14])

Aber auch abgeſehen davon hat mit großem Recht Hellmann darauf aufmerkſam gemacht, wie es von dieſem Geſichtspunkte aus nicht zu begreifen iſt, daß die Quellen doch thatſächlich in unterſchiedlichen Fällen unleugbar eine vollkommnen freie Stellvertretung zulaſſen (man denke nur an Beſitzerwerb), ſowie, daß man von dieſem Princip auch zu der Conſequenz geleitet würde, jede Intervention beim Abſchluſſe fremder Rechtsgeſchäfte, alſo ganz insbeſondere die des nuntius, deren doch die Quellen ſo häufig gedenken, für unzuläſſig zu erachten.

Ein dritter Erklärungsverſuch ſtammt von Schloßmann (Beſitzerwerb durch Dritte, S. 47 flg.). Schloßmann erblickt in der Ausſchließung der Stellvertretung im römiſchen Recht, die ſich ihm in dem Rechtsſatz per liberam personam adquiri non potest manifeſtirt, ein Bollwerk zum Schutz der perſönlichen Freiheit gegen wirthſchaftliche Ausbeutung und Vernichtung der Perſönlichkeit, welche zuletzt die Grenzen zwiſchen Sclaven und Freien hätte verwiſchen und römiſche Bürger in den Sclavenſtand herabdrücken können. Abgeſehen jedoch davon, daß dieſe Gefahren lediglich auf wirthſchaftlichem und nicht auf juriſtiſchem Gebiet liegen und durch die Einführung des Stellvertretungsinſtituts gewiß nicht wären vergrößert worden, darf man auch das eine nicht vergeſſen, daß das Volksleben, in dem ſich ein Gewohnheitsrecht bildet, von ſo tiefen theoretiſchen und rechtspolitiſchen Speculationen ganz fern iſt. Daß aber die römiſchen Juriſten ſo ängſtlich für die Freiheit ihrer Mitbürger beſorgt geweſen wären, daß ſie ein vor ihren Augen ſich bildendes gewohnheitsrechtliches Inſtitut zu unterdrücken geſucht hätten,

[14]) So etwa die l. 38, § 17. D de V. O., welche jedenfalls viel zu allgemein gehalten iſt, um als Beweis gelten zu können.

— was übrigens gar nicht möglich gewesen wäre — erscheint doch äußerst unwahrscheinlich.

Ihering[15]) hat angedeutet, die mangelhafte Ausbildung der Stellvertretung im classischen Rechte könne wohl auf technischen Gründen beruhen, sie sei auf den Grundsatz der nothwendigen Simultaneität der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes zurückzuführen, welcher das römische Recht beherrscht habe. Doch hat Ihering selbst sich dagegen verwahrt, daß hierin der erste und letzte Grund für jenes Princip erblickt werde, ohne jedoch sich über die übrigen Gründe desselben des Näheren auszusprechen. Es kann daher über diese Meinung hier nicht leicht ein Urtheil gefällt werden.

Neuestens hat Schultze (Privatrecht und Proceß in ihrer Wechselbeziehung, S. 303 flg. und passim) die Ansicht ausgesprochen, das römische Princip der Ausschließung der Stellvertretung beruhe auf dem Mechanismus des classischen Processes, insbesondere der formula: „Es hatte seinen Grund darin, daß das bedingte Urtheil des Prätors eben nur Raum hatte für ein Subject des Privatrechtsanspruchs und ein Subject der eventuellen Condemnationsberechtigung, und daß man das Bedürfniß der Stellvertretung nur auf die Weise verwirklichen konnte, daß man dort, in der intentio, den Berechtigten, und hier in der condemnatio den Vertreter nannte“ Hiermit scheint allerdings zunächst nur auf die processuale Stellvertretung hingezielt zu sein, kein Zweifel aber, daß Schultze dieselbe Auffassung auch für die Ausschließung der materiellrechtlichen Stellvertretung festhält; so spricht er (S. 334) in demselben Sinne ausdrücklich z. B. von der vertragsmäßigen Stellvertretung.

Processuale Stellvertretung und ihre Geschichte liegt außer dem Zwecke dieses Werkes; doch möchte ich vorübergehend bemerken, daß mir schon die Ausschließung der processualen Stellvertretung durch Schultze's Hypothese durchaus nicht gerechtfertigt erscheint. Den Gedanken der Stellvertretung einmal vorausgesetzt, erscheint auch nach Schultze nicht abzusehen, warum die condemnatio im Proceß des Stellvertreters nicht direct auf den Vertretenen habe abgestellt werden können. Ebensowenig aber läßt sich, so weit ich sehe, die von Schultze behauptete Reaction der formula gegen die materiellrechtliche Stellvertretung vorstellen. Wurde einmal der Dominus aus den Geschäften des Procurator berechtigt und verpflichtet, dann läßt sich nicht einsehen, warum er aus denselben nicht

[15]) Geist III S. 166.

ebenſo gut ſeine intentio habe herleiten können, wie aus ſeinen eigenen Geſchäften. Jedenfalls wäre zu wünſchen geweſen, daß Schultze uns die Gründe, warum denn „das hypothetiſche Urtheil“ des Prätors nur „für ein Subject des Privatrechtsanſpruchs“ Raum hatte, etwas deutlicher auseinander gelegt hätte; die gegenwärtige Faſſung dieſes Gedankens iſt eine ſo aphoriſtiſche, daß es uns überlaſſen ſcheint, uns von der Richtigkeit der angedeuteten Ideen ſelbſtſtändig zu überzeugen.[16]) Wir müſſen hoffen, die gewünſchte Aufklärung in der Fortſetzung des genannten Werkes zu finden. Und ſo kann denn auch über Schultze's Erklärungsverſuch ein definitives Urtheil noch nicht abgegeben werden.

Ueberhaupt aber läßt ſich unſerer Anſicht nach die ganze in Rede ſtehende Erſcheinung nicht aus einem einzigen Princip ableiten. Und am allerwenigſten kann ſie, wie dies bei der überwiegenden Mehrzahl der hier genannten Schriftſteller geſchieht, zurückgeführt werden auf eine abſtracte Idee, auf einen tieferen Gedanken, einen inneren Charakterzug des römiſchen Rechts. Denn niemals wird man eine concrete hiſtoriſche Erſcheinung herleiten können aus abſtracten Principien des Rechts; man wird es deshalb nicht können, weil dieſe Principien ſich erſt ſelbſt hiſtoriſch entwickelt haben, weil ſie nicht waren, ehe jene war, und weil ſie ganz andere ſein würden, wenn die treibenden Kräfte der Rechtsentwicklung jenen hiſtoriſchen Erſcheinungen eine andere Geſtalt gegeben hätten, deren ſie ja nur ein getreuer Spiegel ſind.

Und darum muß zur Erklärung des eigenthümlichen Zuſtandes der Stellvertretung im römiſchen Recht von den ſogenannten allgemeinen Gedanken des römiſchen Rechts ab- und zurückgegangen werden auf jene geſchichtlichen Momente, welche für das Rechtsinſtitut der Stellvertretung im römiſchen Rechte maßgebend geworden ſind.

§ 2.

Die Gründe der Unzuläſſigkeit der directen Stellvertretung im römiſchen Recht.

Unter denjenigen Momenten, auf welche ſich m. E. das eigenthümliche Princip des römiſchen Rechts, daß keiner mit directer Rechtswirkung für einen andern rechtsgeſchäftlich handeln könne, ſtützt, ſteht obenan der förmliche Charakter der älteren civilen Rechtsgeſchäfte.

Der ſtrenge Formalismus, den das altrömiſche Recht, ja theilweiſe

[16]) Vgl. auch Demelius in Grünhut's Zeitſchr XI. S. 742.

ſogar noch das Recht der claſſiſchen Epoche aufweiſt, iſt bekannt genug. Insbeſondere beſtanden die Rechtsgeſchäfte der älteren Zeit in einem Complex von Ceremonien und genau vorgeſchriebenen Wortformeln, deren peinliche Beobachtung die Wirkſamkeit des Geſchäftes bedingte. Eine nähere Ausführung dieſes allbekannten Satzes darf wohl unterlaſſen werden; es genüge z. B. an das berühmte Beiſpiel des Gajus von der legis actio de arboribus succisis, an die Regel der l. 77 D de R. J., wonach actus legitimi durch Beiſetzung von dies oder conditio ſofort unnütig werden, an die ſtreng überlieferten Wortformeln der mancipatio, in jure cessio u. ſ. f., an die Verſchiedenheit des Stipulationsformulars für cives Romani und Fremde zu erinnern.

Indeſſen folgt aus der äußeren Solennität eines Rechtsgeſchäfts noch nicht mit Nothwendigkeit, daß dasſelbe durch Stellvertreter nicht vorgenommen werden könne.[17]) Vielmehr iſt z. B. dem heutigen Recht Stellvertretung auch in formellen Rechtsgeſchäften, z. B. bei Notariatsacten, gerichtlichen Auflaſſungen u. a. vollkommen geläufig. Es ließe ſich demnach wenigſtens a priori ſehr wohl denken, daß auch das Ceremoniell bei den altrömiſchen Mancipationen, beim Nexum u. ſ. w., durch einen Stellvertreter hätte erfüllt werden können. Und deshalb iſt der ſpecielle Nachweis erforderlich, daß dem Geiſt jener alten Formen Stellvertretung nicht Genüge thun konnte.

Dieſer Nachweis muß für jedes einzelne der civilen Rechtsgeſchäfte im Beſonderen geführt werden. Es kommen hier als Verkehrsacte κατ' ἐξοχήν, bei welchen Stellvertretung am erſten nahe gelegen geweſen wäre, in Betracht mancipatio, nexum, solutio per aes et libram, stipulatio und acceptilatio.

a) Das Formular der Mancipation beſteht bekanntlich in der Zuziehung von fünf Solennitätszeugen und einem libripens, ferner dem Ausſprechen gewiſſer uns vollkommen überlieferter Worte und dem percutere libram.

Man mag nun die Solennitätsperſonen bei der Mancipation blos für Zeugen des Eigenthumsüberganges, oder blos für Garanten des zugewogenen Erzes oder für Garanten des ganzen Kaufgeſchäftes in ſeiner Totalität anſehen[18]), ſo viel kann in der heutigen hiſtoriſchen Forſchung

[17]) Unrichtig daher Bernice, Labeo I. S. 489, welcher ſich u. a. auch darauf beruft, daß auch nur bei Teſtamentserrichtung keine Stellvertretung zulaſſen.

[18]) Vgl. über die verſchiedenen Anſichten jetzt ſtatt aller Bechmann, Kauf I. S. 78 flg.

als feſtſtehend angenommen werden, daß ſie jedenfalls die Bedeutung hatten, das Geſchäft „aus der rein privaten in die publiciſtiſche Sphäre zu erheben“ [19]), es unter die directe ſtaatliche Autorität und Garantie zu ſtellen [20]), und ſo — dies iſt die praktiſche Folge dieſer Garantie — einerſeits den Eigenthumserwerb des Käufers zu einem privatrechtlich unanfechtbaren, andererſeits die Haftung des Verkäufers zu einer liquiden und ſtrengen Gewahrpflicht zu erheben; der Verkäufer wird durch die mancipatio iure nexi executiviſch verpflichtet [21]), insbeſondere durch a°. auctoritatis (im Fall des Leugnens?) auf das Doppelte verhaftet. Iſt aber eben behufs dieſer ſtrengen Verpflichtung eine Beſtätigung des Rechtsgeſchäfts durch Solennitätsperſonen vorgeſchrieben, ſo liegt auf der Hand, daß ſich dieſe Beſtätigung auf alle Momente beziehen muß, welche jene ſtrenge Haftung des Verkäufers erzeugen. Nimmt nun der Verkäufer das Rechtsgeſchäft perſönlich vor, ſo iſt die Controle ſeines Verpflichtungswillens durch das Ceremoniell des Rechtsgeſchäfts von ſelbſt gegeben; ſchreitet aber ein Stellvertreter für ihn ein, ſo bietet die Intervention der Zeugen keine Gewähr mehr für den aufrechten Beſtand des Mancipationsactes; denn die Grundvorausſetzung für deſſen Wirkſamkeit, die Vollmacht, entzieht ſich ihrer Wahrnehmung. Der Legitimationspunkt bleibt alſo fraglich, und weil demnach die weſentliche Tendenz der Mancipationsform, alle Elemente des Eigenthumsüberganges und der executiviſchen Gewährpflicht von Zeugen feſtzuſtellen, im Falle der Stellvertretung nicht erreicht werden konnte, war ihre Vornahme durch Stellvertreter ausgeſchloſſen.[22]) Die Zulaſſung der Stellvertretung hätte das Mancipationsformular zur werthloſen Schablone verflüchtigt und der ſtrengen Haftung des mancipio dans die Grundlage entzogen.

b) Was hier für die Mancipation geſagt wurde, gilt Wort für Wort auch beim Nexum Auch hier finden wir verba solennia, Garantie von Zeugen und darauffolgende Executivverpflichtung, welche eben auf jener Garantie baſirt iſt Dieſelbe vernothwendigt daher in gleicher Weiſe perſönliches Handeln des zu Verpflichtenden.

[19]) So Huſchke das Nexum S 6 flg.

[20]) Bechmann a. a. O S. 96.

[21]) Huſchke a. a. O. S. 37 flg S. 171 flg.

[22]) Es iſt dies eine vollkommene Analogie zum modernen Executivproceß, in welchem bekanntlich ebenfalls alle Urkunden, auf welche die Verpflichtung des Geklagten geſtützt wird, insbeſondere auch die an ſeine Stellvertreter ausgeſtellten Vollmachten, ſofern ſie zur Klagfundirung nothwendig ſind, instrumenta guarendigiata ſein müſſen. (Vgl. öſt. kaiſ Vdg. v. 21 Mai 1855 Nr. 95 R G. B. § 2.)

Dasſelbe wird aber auch

c) von der Solutio per aes et libram angenommen werden können. Das Formular iſt das gleiche wie bei Mancipation und Nexum; es iſt begreiflich, daß die Löſung des Schuldners von ſeiner ſtrengen Verbindlichkeit nicht freier behandelt werden konnte, als die Uebernahme der Verpflichtung. Daher iſt auch hier Ausſchließung der Stellvertretung nothwendig.

d) Schwieriger als in den eben beſchriebenen Fällen geſtaltet ſich der Nachweis, daß der Formalcharakter des Rechtsgeſchäftes mit der Stellvertretung unverträglich geweſen ſei bei der Stipulation.

Der Formalapparat der Stipulation entbehrt der Solennitätsperſonen, es kann daher nicht der Geſichtspunkt angenommen werden, daß perſönlicher Vollzug des Rechtsgeſchäftes eine unerläßliche Vorausſetzung der erforderlichen Controle ſeiner Entſtehung war. Die Stipulation, wie wir ſie kennen, iſt ein rein privater Act; ſeine einzige formelle Bedingung iſt der Wechſel von Frage und Antwort unter perſönlicher Anweſenheit der Contrahenten.

Auf dieſer Grundlage würde es ſchwer ſein, die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung in der Stipulation aufzubauen. Wir mit unſeren heutigen Anſchauungen würden vielmehr, wenn etwa irgendwo geſetzlich eine der Stipulation ähnliche Vertragsform eingeführt werden ſollte, nicht anſtehn, auch dieſe Form durch unſere Stellvertreter erfüllen zu laſſen. Etwas anders aber geſtaltet ſich die Sache, wenn wir den hiſtoriſchen Anfängen des Stipulationsvertrages nachgehen und uns in die Anſchauungen zurückzuverſetzen ſuchen, unter welchen dieſe Vertragsform ſich herausgebildet hat.

Freilich liegt der geſchichtliche Urſprung der Stipulation noch ſehr im Dunkeln und die hiſtoriſche Forſchung bewegt ſich hier noch in divergirenden Hypotheſen. Dennoch liegt in den verſchiedenen Verſuchen, die Entſtehung der Stipulation zu erklären, ein gemeinſamer Zug, welcher mir für die gegenwärtige Frage von Bedeutung ſcheint. Es iſt dies die faſt allgemeine Anerkennung des Zuſammenhanges der Stipulation mit ſacralen Elementen.[25])

[25]) Ich ſehe im Folgenden ab von den Anſichten, die Savigny, Syſtem V. S. 538 und nach ihm Gneiſt, Formelle Verträge S. 136 flg., ferner Liebe, Stip. S. 14 flg. über die Entſtehung der Stipulation aufgeſtellt haben, indem mir die erſtere durch Girtanner, Stipulation S. 82 flg. hinreichend widerlegt ſcheint, während die letztere m. E. ebenfalls im Sinne der Bemerkungen Girtanner's (S. 223) ergänzt und berichtigt werden müßte, um haltbar zu erſcheinen.

Eine directe Anlehnung der Stipulation an religiöse Vorstellungen, und zwar an den Eid, zeigt die Hypothese von Huschke[24]), wonach die stipulatio ein uraltes Getreidegeschäft unter symbolischer Verwendung einer Aehre und Anrufung der Götter (sei es nun mit der Form Dii bene vortant, spondeo oder mittelst Eides an der ara maxima des Hercules) gewesen sein soll. Mit besonderer Ausführlichkeit ist ferner der Gedanke, daß das alte römische Versprechen (sponsio und promissio) eine Provocation des göttlichen Beistandes enthalten habe und dadurch unter die unmittelbare Sanction und Garantie der Religion gestellt worden sei, entwickelt worden von Danz[25]), eine Auffassung, welche schon vorher von Ihering[26]) angedeutet worden war. Aber auch die Hypothese Girtanner's[27]), welcher den Zusammenhang der Stipulation mit dem Eid leugnet, und in der Frage und Antwort der Stipulation ein altes Analogon des Beschlusses der Curiatcomitie erblickt, kann sich der Erkenntniß nicht verschließen, „daß wir bei richtiger Würdigung des altrömischen Cultus keinem Verhältnisse, der sponsio sowenig als der fides alle religiöse Bedeutung absprechen dürfen".[28]) In der That erhält diese Auffassung durch die alle Lebensverhältnisse durchdringende Tragweite des altrömischen Cultus ihre Legitimation; dies umsomehr, als sonst schwer begreiflich wäre, daß eine Nation, die dem gesprochenen Worte von den ältesten Zeiten bis in die letzte Epoche die rechtserzeugende Kraft versagte, einen so singulären Ausnahmsfall von jeher anerkannt hätte.

Wenn aber die Entstehung der Stipulation auf den über dem Versprechen waltenden Schutz der Gottheit zurückzuführen ist, so liegt es nahe, hierin den Ursprung des Rechtssatzes zu suchen, wonach Vertretung im Abschluß der Stipulation nicht zulässig ist. Es ist ganz klar, daß die Sanction der Götter für den Promittenten nur dann wirksam wird, daß die Impietät des Eidbruchs nur dann auf ihn zurückfällt, wenn er selbst sich dieser göttlichen Ueberwachung unterworfen hat, während das Versprechen des Stellvertreters keinerlei Wirkung hervorzubringen vermag, weil er selbst durch sein Versprechen keine Verpflichtung über-

[24]) Nexum S. 100 flg. Daß Huschke seine alte Stipulation auch unter Zuziehung von Zeugen gedacht wissen will, wäre zwar eine willkommene Unterstützung unserer Ausführungen, entbehrt jedoch jedes quellenmäßigen Anhalts.

[25]) Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr S. 102 flg.

[26]) Geist des römischen Rechts I. S. 264, vgl. auch II. S. 588.

[27]) Stipulation S. 84 flg.

[28]) Ebenda S. 149 flg.

nommen hat, der Vertretene aber ſeine religio nicht verpfändete. Daß aber auch der Promiſſar bei dieſer religiöſen stipulatio nur in eigener Perſon und für keinen Dritten Rechte erwerben konnte, läßt ſich aus der eigenthümlichen Anſchauung des römiſchen Eidesrechts folgern, wonach der Eid nur dem gegenüber Verpflichtungen erzeugt, welcher ihn abgenommen hatte, ſo daß ſelbſt durch den Tod des Promiſſars die Verpflichtung regelmäßig [28]) erliſcht. Was von der ausdrücklichen eidlichen Verpflichtung gilt, wird wohl auch dann noch angenommen werden müſſen, wenn man ſich die Stipulation als nicht eidliches, ſondern einfaches, aber unter göttlicher Sanction ſtehendes Verſprechen denkt. Hieraus ergibt ſich, daß die ſacralen Elemente, welche die alte Stipulation enthielt, perſönliche Vornahme derſelben ſowohl auf der Schuldner- als auf der Gläubigerſeite nothwendig machten. [30])

e. Bei allen vorbezeichneten Rechtsgeſchäften, Mancipation, Nexum, Solutio per aes et libram und stipulatio hatte die Ausſchließung der Stellvertretung, wie wir zu zeigen ſuchten, ſpecielle und tiefere Gründe. Bei der einfachen Acceptilation dagegen, ſowie bei der ſolennen hereditatis aditio und cretio läßt ſich eine ſolche Begründung kaum durchführen; jedoch iſt es im Hinblick auf die übrigen tendenziös formellen Rechtsacte wohl begreiflich, wenn auch bei dieſen ein gewiſſer Rigorismus obwaltete, wie er durch jene dem ganzen Rechtsverkehr aufgeprägt wurde. Demgemäß verlangen die Römer auch hier wie bei der Mancipation und dem Nexum, daß alle Thatbeſtandsmomente bei der Vornahme des Rechtsgeſchäfts präſent und erſichtlich ſeien; was im Rechtsgeſchäft nicht zum Ausdruck gelangen kann, oder, wenn es zum Ausdruck gebracht wird, deſſen Beſtand zweifelhaft macht, iſt mit dieſen Acten nicht verträglich. Der Beweis hiefür liegt in der bereits oben angeführten l 77 D de R. J. Die nothwendige Folge iſt Ausſchließung der Stellvertretung.

Hiermit hoffe ich nun wahrſcheinlich gemacht zu haben, daß in der älteren Zeit ſchon die Form der Eingehung der Rechtsgeſchäfte es war, welche der Ausbildung des Stellvertretungsinſtituts im Wege ſtand. Nicht alſo, wie man behauptet hat, im Begriff der Obligation, ſondern im

[28]) Vgl. Danz a. a. O. S. 31, 58 flg.

[30]) Daß die Stipulationsſchuld trotz dieſer höchſt perſönlichen Natur des religiöſen Verhältniſſes vererbt wurde, iſt kein Widerſpruch, ſondern folgt aus dem Zuſammenhang derſelben mit dem Vermögen des Gläubigers und Schuldners, vgl. hierüber die Ausführungen von Girtanner, S. 276 flg.

Begriff des Rechtsgeſchäfts, in der Begründung der Obligationen und ſonſtigen Rechtsverhältniſſe war die Unmöglichkeit der Stellvertretung gelegen.

Man könnte vielleicht ein Argument gegen die Richtigkeit obiger Entwicklung in der Regel finden, daß Sclaven auch durch die bezeichneten förmlichen Rechtsgeſchäfte ihren Herren erwerben. Dies wäre aber ein Irrthum. Denn der Sclave nahm dieſe Rechtsgeſchäfte nicht als Vertreter ſeines Herrn, ſondern im eigenen Namen vor, ihm wurde mancipirt und ſtipulirt, nur fiel der Rechtserwerb aus jenen Verträgen dem Herrn zu. Dies war aber ein durchaus nebenſachliches und für das Rechtsgeſchäft irrelevantes Moment; zunächſt war die Perſon des Sclaven als berechtigt intendirt und er wurde auch wirklich berechtigt, falls das ſupponirte Gewaltverhältniß nicht exiſtirte; ein deutlicher Beweis, daß das Rechtsgeſchäft als ſolches gar keinen ſtellvertretenden Charakter hatte.

Nun wird durch die vorſtehenden Ausführungen die Unmöglichkeit der Stellvertretung allerdings nur für die poſitiv formellen Acte des alten Civilrechts dargethan; es wäre aber immer noch denkbar, daß dieſelbe ſich bei den neueren civilrechtlichen Geſchäften, insbeſondere den formloſen Conſenſualverträgen, ausgebildet hätte. Eine naheliegende Erwägung aber gibt uns die Gründe an die Hand, weshalb ſie auch hier nicht ſo bald zur Entwicklung gelangen konnte

Diejenigen formloſen Verträge, welche überhaupt der Entwicklung der Stellvertretung einen Anhalt hätten bieten können, ſind Kauf und Miethe.[31]) Die übrigen Conſenſual- und Realcontracte kommen hier weniger in Betracht. Dies aus rein praktiſchen Gründen. Ein Mandatsvertrag wird ſelten durch einen Stellvertreter abgeſchloſſen werden; denn wer bereits einen Mandatar hat, braucht in der Regel keinen zweiten; und wenn dieſer Mandatar doch einen Submandatar braucht, ſo ſubſtituirt er ihn zumeiſt nomine proprio und nicht in ſeiner Eigenſchaft als Stellvertreter; und wenn er ihn auch nicht nomine proprio ſubſtituirt, ſo iſt die Willensthätigkeit beim Mandat eine ſo einfache, daß der Vertreter im Abſchluß des Mandatsvertrags in der Regel von ſeiner eigenen Ueberlegung ſehr wenig hinzuzuthun braucht, ſondern einfach als gewöhnlicher nuntius, wie ihn die Römer ſchon kannten[32]) — ein ſpäter zu erörternder Punkt — das mando tibi des Principals überbringt. Dasſelbe gilt auch vom Abſchluß des Commodats oder Depoſitums; auch ſie

[31]) Vgl. Bernice Labeo I. S 454: „Kauf und Miethe ſind von jeher die Typen des Handels und des kaufmänniſchen Geſchäftsbetriebs"

[32]) S. unten § 15

bieten der Thätigkeit des Stellvertreters kaum Spielraum; wer im fremden Namen commodirt oder deponirt, wird meiſt lediglich Ueberbringer der Sache, alſo nuntius ſein, wie ſolche Fälle in den Quellen auch oft erwähnt ſind.[35]) Höchſtens wenn der procurator absentis eine Sache ſeines Herrn verleiht oder hinterlegt, wird echte Stellvertretung vorliegen; aber ſind wohl ſolche Fälle ſo häufig, daß ſich aus ihnen ein ganz neues und folgenreiches Rechtsinſtitut herausbilden konnte? Man könnte zwar an die gewerbsmäßige Abſchließung von Depoſitalverträgen durch Banquiers und Wechsler (argentarii, nummularii) denken; aber für dieſe war, wie ſich ſpäter zeigen wird, ſchon durch die inſtitoriſchen Klagen geſorgt, alſo auch hier ein Bedürfniß nach Anerkennung der Stellvertretung nicht vorhanden.

Der Societätsvertrag endlich wird ſeiner Natur nach ſelten durch Stellvertreter ganz abgeſchloſſen werden; perſönlicher Abſchluß oder Contrahiren durch ſpeciell inſtruirte Mandatare — Boten — iſt hier ſo ſehr die Regel, daß dieſer Vertrag praktiſch kaum die Grundlage zur Ausbildung eines ganz neuen Rechtsinſtituts geben konnte. Ihrer praktiſchen Bedeutung nach können hier von den dem römiſchen Recht überhaupt bekannten Contracten nur das Darlehen ſammt dem damit verbundenen Pfandvertrage, ferner Kauf und Miethe in Frage kommen.

Nun iſt für das Darlehen bekanntlich Stellvertretung dem römiſchen Recht wirklich bekannt geweſen; auf welchem Wege dieſe Errungenſchaft erreicht wurde, wird ſpäter zu beſprechen ſein. Anlangend den Pfandvertrag aber iſt es bekannt, daß derſelbe in älterer Zeit nicht durch bloße Tradition des Pfandes, ſondern durch mancipatio fiduciae causa geſchloſſen wurde, alſo durch eines jener Rechtsgeſchäfte, von welchen wir bereits früher gezeigt haben, daß ſie die Stellvertretung ihrer Natur nach ausſchloſſen. Und ähnliches gilt auch vom Kauf.

Wurde nämlich der Kauf in die Form der Mancipation eingekleidet, ſo erheiſchte hier ſchon die Form des Vertrags, daß entweder Käufer und Verkäufer in eigener Perſon die Mancipation vollzogen, oder daß der Stellvertreter Recht und Pflicht aus der Mancipation auf eigene Schultern nahm, dieſelbe im eigenen Namen abſchloß und ſo nicht als

[35]) cf l. 1 §. 11, 14 D. depo. 16, 3 u. Ihering, Jahrb. für Dogm. I. S. 283. Freilich werden wir ſeinerzeit finden, daß auch dieſer nuntius vom Stellvertreter generiſch nicht zu trennen iſt, wir werden aber auch anerkennen, daß dieſe Art von Vermittler aus begreiflichen Gründen vom römiſchen Recht dennoch ausnahmsweiſe zugelaſſen wurde: vgl. unten § 15.

Stellvertreter im heutigen technischen Sinne des Wortes, sondern als dasjenige auftrat, was wir heutzutage Commissionär nennen; in anderer Weise war eine wirksame Mancipation nicht vorzunehmen. Wenn aber die Mancipationsform entweder nicht gewählt wurde, oder überhaupt nicht möglich war (wie z. B. bei res nec mancipi), dann trat nach älterem Recht die Erscheinung auf, daß der Kauf als solcher eine Garantiepflicht des Verkäufers nicht erzeugte, vielmehr dieselbe erst durch dem Kaufe beigefügte Stipulationen künstlich begründet werden mußte. [34]) In solchen Fällen wurden daher dem Kaufe ganz regelmäßiger und nothwendiger Weise Stipulationen zur Garantie angehängt (satisdatio secundum mancipium, stipulatio duplae), wie wir dieselben auch in den uns erhaltenen Kaufsinstrumenten regelmäßig finden. Hier aber ergab sich wieder aus der oben berührten Natur der Stipulation die Unmöglichkeit, dieselbe auf fremde Namen abzuschließen, und da gerade die Stipulation es war, welche wichtige obligatorische Elemente des Kaufvertrags erzeugte, war sonach Stellvertretung im Kauf praktisch so gut wie ausgeschlossen; die stete Begleitung von Mancipation und Stipulation zwangen auch beim Kauf den Vertreter dazu, sich in die Rolle des selbstkaufenden und verkaufenden Commissionärs hineinzubequemen.

Für den Miethvertrag läßt sich allerdings ein ähnliches nicht erweisen. Nicht einmal das ist besonders wahrscheinlich, daß die Miethe in irgend einer Zeit gewohnheitsmäßig durch Garantiestipulationen verstärkt worden sei; denn von den uns erhaltenen Miethverträgen [35]) enthält keiner eine diesbezügliche Clausel. Mithin läßt sich für diesen Vertrag ein inneres Hinderniß der Entwicklung der Stellvertretung wohl kaum finden. Daß aber auch die Miethe zur Anerkennung der Stellvertretung nicht führen konnte, wird sich sofort ergeben, wenn wir nunmehr die Bedingungen, welche der Entwicklung der Stellvertretung im römischen Recht gegeben waren, untersuchen.

Schon aus dem Gesagten ergibt sich, daß wir dieselbe keinesfalls für ein altes, eingewurzeltes Institut des römischen Rechts halten können. In der älteren Zeit, vor der Entwicklung der Consensualcontracte, ist sie schon durch die Form der Verträge ausgeschlossen. Sie ist also erst mit der Ausbildung der Consensualcontracte denkbar, und begreiflicherweise

[34]) Vgl. Bechmann, der Kauf, S. 318 flg., 362 flg. Bernice Labeo I. 455, 466.

[35]) Bei Bruns Fontes S. 210 flg.

[36]) Vgl auch Bernice Labeo I. S. 468.

auch nicht mit den ersten Anfängen der Consensualcontracte, sondern erst mit einer etwas höheren Entwicklung derselben, also — insofern man hier überhaupt bestimmte Zeitgrenzen annehmen darf — etwa im fünften oder sechsten Jahrhundert der Stadt.[37]) Wie verhält sich nun um jene Zeit das römische Rechtsleben zu dem Bedürfniß nach Ersatz der persönlichen rechtserwerbenden Thätigkeit durch Stellvertreter?

1. Noch bestanden zu jener Zeit in bedeutender Ausdehnung die altförmlichen Contracte, welche persönliches Handeln nothwendig machten. Der Güterverkehr bewegte sich in den Formen der mancipatio und in jure cessio für alle wichtigeren Objecte, für Grundstücke, Sclaven, Großvieh u. s. w. Ohne diese, wie bereits gezeigt, höchst persönlichen Rechtsgeschäfte konnten Rechte nur an den unbedeutenden Gegenständen des Marktverkehrs, sowie an Handelswaaren erworben werden. Der Verkehr mit Obligationen mochte sich ebenfalls noch vorwiegend in den alten Formen des nexum, der expensilatio und der Stipulation bewegen. Insbesondere waren beim Kauf Mancipation oder Stipulation aus praktischen Gründen unerläßlich. Für den Pfandverkehr war die mancipatio fiduciae causa die Grundlage. Auch die Acceptilation, sowie wahrscheinlich alle übrigen der genannten Contracte betrachtete man in rigoroser Weise als actus legitimi, von denen man äußere Evidenz aller rechtserzeugenden Momente sofort beim Abschlusse verlangte, dafern sie giltig sein sollten. Bei diesem Sachverhalt war für das Eingreifen eines Stellvertreters um jene Zeit noch ein äußerst enger Spielraum gelassen.

2. Sofern sich aber doch das Bedürfniß nach einem solchen geltend machte, wurde dasselbe durch das Verhältniß der Sclaven und der Familiaren in vollem Maße gedeckt. Denn einerseits konnten diese Personen nach einem zweifelsohne uralten[38]) Grundsatz für den pater familias auch in civilen Formalacten erwerben und übertrafen hiedurch an praktischer Brauchbarkeit jeden Procurator, andererseits boten sie ihrem Gewalthaber die vollste Sicherheit, da sie für sich gar nichts erwerben konnten, sondern alles nothwendig in seine Hand fiel. Bei der ungeheuren Ausdehnung des Sclavenverkehrs muß dieses Moment, wie auch niemals verkannt worden ist, ein ganz gewaltiges Hemmniß für die Ausbildung der Stellvertretung

[37]) Mit dieser Datirung der freieren Ausbildung der Consensualcontracte in Beziehung auf den Kauf wesentlich übereinstimmend Pernice Labeo I. S 466

[38]) Jedenfalls reicht die Entstehung desselben weit über die XII. Tafeln zurück, dies folgt aus dem bei Ulp. fragm. II 4 enthaltenen Zwölftafelsatze, welcher auf ein bereits entwickeltes Peculienrecht hindeutet.

geweſen ſein, zumal ſich das sub I) bezeichnete damit verband und jeden, der in allen ſeinen Rechtsangelegenheiten genügend vertreten ſein wollte, zwang, ſich einen Sclaven zu halten, der ja allein die civilen Erwerbsacte für ihn vornehmen konnte.

3. So hoch der Einfluß dieſer Factoren anzuſchlagen iſt, ſo gab es doch noch ein Gebiet der Rechtsentwicklung, auf welchem die Stellvertretung ſich hätte ausbilden können. Es war dies das weite Feld des Handels- und Seeverkehrs, welches ſchon ſeiner Natur nach das Bedürfniß nach Intereſſenvertretung in hohem Grade rege macht, und welches mit der wachſenden Bedeutung der Conſenſualverträge, namentlich mit der Ausbildung von Kauf und Miethe zu ſelbſtſtändig klagbaren Contracten, leicht die Stellvertretung hätte aufnehmen können. Gerade auf dieſem Punkte nun ſtehen wir bei einer Erſcheinung, die für die Richtigkeit des Principes der Ausſchließung der Stellvertretung im römiſchen Recht von größter Bedeutung iſt, weil ſie es einerſeits zu erklären, andererſeits aber geradezu zu beweiſen geeignet iſt.

Es ſind dies die inſtitoriſche und exercitoriſche Klage. Nicht umſonſt haben wir oben darauf hingewieſen, daß ſich die Zeitgrenze, vor welcher die Stellvertretung ſich aus den angegebenen Gründen nicht wohl entwickelt haben kann, nicht vor das fünfte oder ſechſte Jahrhundert der Stadt hinaus wird verlegen laſſen, weil es bei der engen Wechſelbeziehung, in welcher das Bedürfniß nach Stellvertretung mit der inſtitoriſchen und exercitoriſchen Klage ſteht, von Werth ſein wird, zu conſtatiren, daß es vor dieſen Klagen Stellvertretung im römiſchen Recht nicht gegeben haben kann.

Wäre eine ſolche bereits vorhanden geweſen, dann wäre bei dem ſtellvertretenden Charakter der dieſen beiden Klagen zu Grunde liegenden Rechtsgeſchäfte eine Veranlaſſung zu ihrer Einführung nicht vorhanden geweſen; ſie wären dann niemals vom Prätor proponirt worden, dafür hätte die Stellvertretung ſich an ihrer Stelle voll entfalten müſſen. Ohne unſere obige Annahme wäre alſo die Einführung dieſer Klagen unerklärlich.

Umgekehrt, wurden dieſe Klagen eingeführt zu einer Zeit, wo die Stellvertretung noch nicht als Rechtsinſtitut anerkannt war, ſondern ſich höchſtens die Nothwendigkeit derſelben fühlbar zu machen begann, ſo waren dieſe Klagen ein ſo vollkommener Erſatz für die freie Vertretung, ſie füllten ſo genau die bemerklich werdende Lücke aus, daß ſie das Bedürfniß nach jener im Keime erſtickten.

Wie genau dieſe Klagen dem Umfange des vorhandenen Bedürfniſſes angepaßt waren, zeigt folgende Erwägung: Auf dem Gebiete des Agrar-

verkehrs reichte man mit den gewöhnlichen Hilfsmitteln aus; ja, ein Inſtitor wäre hier nutzlos geweſen, denn er hätte ſeinem Principal nicht an einem Stück Vieh und nicht an einer Scholle Erde Eigenthum erwerben können. Der Verkehr mit Obligationen aber iſt auf dem Gebiet der Landwirthſchaft ein träger, ſo daß hier ein Einſchreiten des Prätors mit der Einführung der Stellvertretung ganz überflüſſig geweſen wäre. Den geſammten übrigen Verkehr aber, wo Stellvertretung in der That nothwendig werden konnte, umſomehr, als der kleine Gewerbtreibende vielleicht das Capital nicht beſaß, um mit Sclaven zu arbeiten, und die hier vorherrſchenden Conſenſualverträge der Stellvertretung einen Anhalt boten, umſpannten die adjecticiſchen Klagen allerdings. Denn für ihre Anwendung hatte der Prätor gar keine Grenze geſetzt; ſein Begriff des Inſtitor konnte nach Nothwendigkeit erweitert werden und wurde von der Praxis erweitert. Ja, gerade der Umfang, den die Praxis dem Begriff des Inſtitor gab, iſt der genaueſte Gradmeſſer für die Größe des Bedürfniſſes. Und ſo fungiren denn als Inſtitoren nicht blos die Handlungsgehilfen der Kaufleute im engeren Sinn, ſondern auch die Geſellen, Lehrlinge und Markthelfer der Gewerbtreibenden und Profeſſioniſten aller Art, ſo daß der Digeſtentitel XIV. 3 das ganze römiſche Verkehrsleben in bunter Fülle vor unſeren Augen enthüllt [29]), und daß zuletzt ſelbſt der Maier, villicus (l. 16 D. h. t.) in dieſen weiten Kreis aufgenommen erſcheint und das Handelsgeſetz auch die landwirthſchaftliche Thätigkeit in ſeinen Bereich gezogen hat.

Daß nun die Einführung der inſtitoriſchen und exercitoriſchen Klage in der That in jene Zeit fällt, in welcher die Entwicklung der Stellvertretung hätte ſtattfinden können, ſcheint ſich daraus zu ergeben, daß Servius in l. 5 § 1 D. de inst. a. als Commentator der inſtitoriſchen Klage aufgeführt wird, während Livius (XXII, 25) von C. Terentius Varro, dem Zeitgenoſſen des Hannibal, erzählt, er ſolle in ſeiner Jugend institor mercis geweſen ſein, woraus ſich zwar nicht die Exiſtenz der actio institoria zur Zeit des C Terentius Varro, aber doch ſo viel ſchließen läßt, daß der Begriff und wahrſcheinlich auch der Name des Inſtitor

[29]) Wir finden u. A.: vestiarii und lintearii (nicht blos Kleiderhändler, ſondern auch Schneidergeſellen, arg Pau S. R III. 6, §§ 58 u 72, welcher ſie als Zubehör einer urbana familia anführt, vgl. auch l. 13 C. de mercat 11, 7, l. 7 C. exc mun 10, 47) Backerjungen, l. 5 § 9 D. h. t Maulthiertreiber, Walkergeſellen, Kellner l 5, § 5—7 h t l. 13, § 2 eod, aber auch Bankbeamte l 19 pr, 20 h t Hausadminiſtratoren (insularii) u. ſ f, vgl. Glück XIV S. 238, Leyſer III spec. 161, med 6. u. 7, Kritz, Pand. Rt I. S. 366 flg.

bereits der älteren Quelle, aus welcher Livius ſchöpfte, geläufig war, wonach es kaum zu gewagt ſein wird, die Einführung der institoria in das ſechſte Jahrhundert der Stadt zurückzudatiren [40]).

Hiernach wurden die adjecticiſchen Klagen gerade in jenem Zeitpunkte eingeführt, wo durch höhere Ausbildung der Conſenſualcontracte die Stellvertretung die Möglichkeit gehabt hätte, ein anerkanntes Inſtitut des römiſchen Rechts zu werden. Nicht ſie alſo wurden eingeführt, weil man Stellvertretung principiell und bewußt ablehnte, ſondern weil man ſie in alter Zeit eingeführt hatte, war das Hauptbedürfniß des Verkehrs nach Stellvertretung befriedigt. Denn der Verkehr verlangt nicht ſo ſehr, daß der Principal durch ſeinen Vertreter direct berechtigt werde, als daß er jedenfalls für ihn hafte. Letzterem Verlangen war durch die adjecticiſchen Klagen Genüge gethan. Wären jene Klagen nicht im Album des Prätors proponirt worden, ſo hätte das Bedürfniß des Verkehrs wahrſcheinlich zur Anerkennung der directen Stellvertretung geführt, und zwar nicht blos bei Conſenſualverträgen, ſondern allmälig auch bei Stipulationen, Mancipationen u. ſ. w., während, wie die Sachen nun ſtanden, der eigenthümliche Conſervatismus der Römer keinen genügenden Anlaß mehr fand, von dem ſeinerzeit tiefbegründeten und nun einmal eingelebten Princip des Selbſthandelns abzugehen, ſelbſt nachdem die Formen der Rechtsgeſchäfte leere Schablonen geworden waren, die der Erfüllung durch Mittelsperſonen keinen Widerſtand mehr entgegenſetzen konnten.

§ 3.

Verhältniß der actiones exercitoria und institoria zur Stellvertretung.

Wir haben im Vorigen bemerkt daß die a°. institoria und exercitoria als Beweis dafür dienen können, daß das römiſche Recht Stell-

[40]) Im Uebrigen läßt ſich über das Alter der a°. institoria und exercitoria ſchwerlich viel genaueres ermitteln. Doch möchte ich annehmen, daß die a° exercitoria jünger iſt, als das edictum in nautas caupones et stabularios. hierin ſpricht der Ausdruck nautae in dieſem Edict, ſtatt des ſpäter techniſch gewordenen exercitor navis, welchen doch der Prätor gemeint hatte (l. 1, § 2 D h t 4, 9). Ueber das Verhältniß der a°. exercitoria zur institoria dürfte ſchwerlich Sicherheit zu erlangen ſein. — Wenn ſich Elſaßer (die inſtitoriſche Klage S. 12) für das höhere Alter der erſteren auf l. 7, § 1, l. 13, § 2 D de inst. a. beruft, ſo unterliegt dies demſelben Einwand, mit dem Elſaßer die Beweiskraft der l. 4 C h t für die entgegengeſetzte Auffaſſung zu zerſtören ſucht: daß ſich nämlich ſehr wohl gewiſſe Grundſätze zuerſt bei der jüngeren Klage ausgebildet haben können, die dann auf die ältere übertragen wurden.

vertretung nicht gekannt habe, weil ſonſt ihre ſo angeſehene und bedeutſame Stellung im römiſchen Rechtsſyſtem gar nicht zu begreifen wäre. Hiebei hatten wir angenommen, daß dieſe Klagen wahre materielle Stellvertretung zur Vorausſetzung haben, d. h. daß ihre Anwendbarkeit dadurch bedingt iſt, daß der institor reſp. magister navis im Namen des Präponenten, oder, wie wir es heute charakteriſtiſch bezeichnen, mit offener Vollmacht gehandelt habe.

Nun iſt aber dieſe Annahme nicht unbeſtritten. Schon Gensler[41]) fand es für nothwendig, für ihre Richtigkeit einzutreten, und ſeither iſt in dieſer Frage noch immer nicht allgemeine Uebereinſtimmung erzielt worden. Im Gegentheil haben neueſtens wieder mehrere Schriftſteller[42]) die Anſicht vertreten, daß die Ertheilung dieſer Klagen nicht von dem Vorhandenſein offener Stellvertretung abhängig geweſen ſei, ſondern dieſelben ſchon dann Anwendung gefunden hätten, wenn nur Inſtitor und Magiſter innerhalb ihrer präpoſitionsmäßigen Wirkſamkeit contrahirt hatten. Es würde alſo nach der Annahme dieſer Schriftſteller zur Anwendbarkeit der exercitoria keineswegs gehören, daß dem dritten Contrahenten bekannt war, der Magiſter contrahire in Vollmacht und im Intereſſe des exercitor; nein, ſelbſt wenn er zur Zeit des Vertragsabſchluſſes von dieſem Vertretungsverhältniß gar nichts gewußt hätte, könnte ihm doch die Klage ertheilt werden, dafern nur der Vertrag im Intereſſe des Schiffs oder ſeines Betriebes abgeſchloſſen war. Das gleiche gelte vom Inſtitor.

Es iſt ſelbſtverſtändlich, daß dieſe Auffaſſung jenen Schriftſtellern auf halbem Wege entgegenkommt, welche die Zuläſſigkeit directer Stellvertretung für das römiſche Recht behaupten. Denn ſie räumt — ſo ſcheint es ihnen wenigſtens — den gefährlichſten Gegner ihrer Theorie mit einem Schlage hinweg. Haben nämlich jene Klagen Stellvertretung zur Vorausſetzung, ſo iſt es unbegreiflich, wozu ſie nothwendig waren, wenn das römiſche Recht den Geſchäftsherrn aus der Handlung des Inſtitors ſchon nach den Grundſätzen directer Stellvertretung verpflichtete. Darum finden wir auch, daß Hellmann, welcher die Exiſtenz der directen Stellvertretung ſchon für das römiſche Recht behauptet, ſich der Anſicht angeſchloſſen hat, daß jene Klagen nicht auf Stellvertretung baſirt waren.[43]) Da die Entſcheidung dieſer Frage ſowohl von rechtshiſtoriſchem,

[41]) Arch f cio. Prax. 1 S 393–395.
[42]) Mandry, krit. Vjſchr XV S 395, Elſäßer, die inſtitoriſche Klage.
[43]) a. a. O. S. 80.

als, wie ſich ſpäter herausſtellen wird [44]), von weittragendem dogmatiſchem Intereſſe iſt, kann der Unterſuchung dieſes Punktes nicht aus dem Wege gegangen werden.

Nur iſt gleich im vorhinein Verwahrung dagegen einzulegen, daß die Entſcheidung dieſer Frage etwa als präjudiciell für die Behauptung der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung im römiſchen Recht angeſehen werde. Vielmehr würde, ſelbſt wenn die genannten Klagen jenen über das Gebiet der Stellvertretung hinausreichenden Umfang beſeſſen hätten, den Mandry, Elſäßer und Hellmann ihnen beilegen, immer noch behauptet werden müſſen, daß ihr Vorhandenſein ein beredtes Zeugniß gegen die Anerkennung der Stellvertretung im römiſchen Rechte ſei.

Hätte nämlich das römiſche Recht Stellvertretung anerkannt, ſo wäre der Geſchäftsherr aus den Handlungen des Inſtitor oder Magiſter in allen Fällen verpflichtet worden, wo in einer für den Dritten erkennbaren Weiſe in ſeinem Namen gehandelt worden war. In allen Fällen alſo, wo der dritte Contrahent, ſei es ausdrücklich oder ſtillſchweigend, den Credit des Dominus ſeinem Contract zu Grunde gelegt hätte, wäre für jenen auch wirklich die Verpflichtung eingetreten. Es hätte daher die Einführung dieſer adjecticiſchen Klagen nur den Sinn haben können, dem dritten Contrahenten den Credit des Principals auch dann zu Gute kommen zu laſſen, wenn er auf denſelben gar nicht reflectirt hatte. Daß aber eine derartige Fürſorge für den Dritten legislatio gegründet iſt, das wird kaum jemand zu behaupten wagen. Die modernen Geſetzgebungen z. B. laſſen ſich am Princip der directen Stellvertretung vollkommen genügen, ohne eine objective Haftung des Principals für alles, was im Intereſſe ſeines Geſchäftes geſchehen iſt, zu ſtatuiren, und daß dieſer Rechtszuſtand ein innerlich vollkommen berechtigter iſt, und der Dritte, der von der Exiſtenz eines Principals beim Contractsabſchluß vielleicht gar nichts gewußt hatte, dieſen nicht nachträglich aus objectiven Gründen in Anſpruch nehmen kann, iſt neuerlich von Jhering ſo treffend dargethan worden, daß hierüber kein Wort weiter zu verlieren iſt. Daß aber das römiſche Recht hierin eine andere Auffaſſung gehabt hätte, iſt durch nichts bewieſen und aus inneren Gründen äußerſt unwahrſcheinlich.

Die gegentheilige Anſicht führt direct zu dem Reſultat, daß die bloßen Motive eines Vertrags, auch wenn ſie gar nicht zur äußeren

---

[44]) ſ. unten. § 41.

Erſcheinung im Vertragsabſchluß gekommen ſind, zu einem Moment von eminenter juriſtiſcher Tragweite werden können. Der Dritte hätte demnach ſeine a°. exercitoria nicht darauf zu ſtützen gebraucht, daß z. B. A., den er als Schiffscapitän des B. kannte, ihm mitgetheilt habe, er kaufe ein Segel für das Schiff des B., und daß er daher mit Rückſicht auf das Intereſſe des B. dem A hiezu Geld geliehen habe, ſondern ſein Klagfundament gegen B wäre das geweſen, daß er geglaubt habe, A., deſſen Verhaltniß zu B. ihm übrigens ganz gleichgiltig oder unbekannt war, wolle ſich mit dem Geld ein Segel für ein von ihm geführtes Schiff kaufen; er habe nun nachträglich erfahren, daß dieſes Schiff dem B. gehörte; deswegen müſſe B ihm ſein Geld zurückgeben. Iſt aber wohl jene zufällige Kenntniß des C. von dem Zwecke des Darlehens ein hinreichender Grund, ihn beſſer zu ſtellen, als wenn ihm dieſer Zweck ganz unbekannt geblieben wäre? Denn wenn er dem A. das Geld nicht als Stellvertreter des B. geliehen hat, ſo wird es ihm wohl ganz gleichgiltig geweſen ſein, wozu A. das Geld brauchte; er klagt alſo jetzt auf Grund eines zufälligen Umſtandes, der zum Klagfundament völlig ungeeignet iſt.

Prüfen wir die Quellen, ſo finden wir zunächſt, daß die viel durchgeſprochenen Beweisſtellen, auf die man ſich gewöhnlich zu berufen pflegt, weder für die eine, noch für die andere Anſicht ein entſchiedenes Uebergewicht ergeben. Unbeweiſend ſind vor allem die oft angeführten l. 6 § 1, l. 31 pr. D. de N. G. 3, 5, l. 13 C. si cert. pet. 4, 2 [45]), § 1 J. quod cum eo 4,7. l. 13 pr. D. de inst. a. 14, 3. l. 1 §§ 19 22 D. de ex. a. 14, 1 [46]). l. 7 D. de inst. a. [47]). Ebenſowenig Beweiskraft beſitzt die von Hellmann für ſeine Anſicht berufene

l. 2 D de ex. a., 14, 1.

Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest, ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit (S. Hellmann S. 92).

Denn es iſt klar, daß hiemit nur das praktiſche Bedürfniß ausgedrückt ſein ſoll, im Seeverkehr den Paſſagieren und Befrachtern eine raſche und einfache Rechtshilfe zu gewähren.

Ebenſo gibt kein ſicheres Reſultat die von Thöl urgirte l. 1, § 9

[45]) Gegen dieſe Stellen Thöl, Handelsrecht § 74. Not 13. (5. Aufl.)

[46]) Hiegegen Zimmermann S. 105 flg.

[47]) Gegen dieſe von Zimmermann ſehr betonte Stelle richtig Hellmann S. 87 flg.

D. de ex. a. 14, 1, worüber zu vergleichen iſt Mandry a. a. O. II. S. 603, Brinz, Band. II. S. 225 (2. Auflage).

Dagegen ſcheint mir ein ſtarkes Argument für die hier vertretene Anſicht in einer Stelle zu liegen, welche gewöhnlich zu dieſer Frage nicht herangezogen wird. Es iſt dies

l. 5 § 17 D. de inst. a.

Si ab alio ipstitor sit praepositus, is tamen decesserit, qui praeposuerit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit nec non si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est, ignoranti dari institoriam actionem.[46])

Der zweite Satz dieſer Stelle, welcher dem Contrahenten, der ohne Kenntniß vom Tode des dominus vor dem Erbantritt mit dem Inſtitor einen Vertrag ſchließt, aus Gründen der Billigkeit eine actio institoria zugeſteht, ſcheint mir in der That einen faſt vollſtändigen Beweis für die hier vertretene Anſicht zu liefern. Denn wenn wirklich, wie behauptet wird, nicht die Rückſichtnahme auf den dominus immer der ausſchlaggebende Grund für die Gewährung der a°. institoria war, wie ſoll es ſich dann erklären, daß man nach dem Tode des dominus und vor Antritt ſeiner Erbſchaft dem Handelsgläubiger die institoria nur dann gab, wenn er nichts vom Tode des dominus wußte, und auch dieß nur aus Gründen der Billigkeit? Wenn überhaupt der dritte Contrahent von der Exiſtenz des dominus gar nichts zu wiſſen brauchte, ſo liegt auf der Hand, daß der Contrahent, der die Exiſtenz eines Principals gekannt und nur von ſeinem Tode nichts erfahren hatte, juriſtiſch gar keine größere Berückſichtigung verdiente, als jene, welche von ſeiner Exiſtenz nie etwas erfahren hatten. Das Wiſſen des Erſteren von dem Vorhandenſein des Principals war etwas völlig unweſentliches geweſen; es lag alſo gar kein Grund vor, ihn ob ſeiner Meinung, der Principal ſei noch am Leben, in bevorzugter Weiſe zu behandeln. – So ſollte man nach der Meinung der Gegner erwarten, und wenn wir doch gerade die Kehrſeite von alldem

[46]) Ueber die bekannte Antinomie zwiſchen dieſer Stelle und l 17 § 3 D. eod. vgl. Glück XIV 263, Krig, Band. R. I S 329. — Ant Faber conj. jur civ. lib. II. c. 11 lieſt ſtatt nesciens in l. 17 cit. sciens, womit freilich die Sache von Grund aus erledigt iſt. Dagegen Cocceji, contr. jur. civ. I. ad h. t. qu. 5, welcher den Faber für einen legum ille corruptor erklärt, ohne indeſſen ſelbſt eine genügende Erklärung geben zu können. Vgl. nun auch Baron, Abhandlungen II. S 221. - Die Faber'ſche Lesart wird übrigens neuerdings angenommen von Mommſen, Erörterungen II S. 117, Not. 11.

vorfinden, wenn wir ſehen, daß der dritte Contrahent verſchieden behandelt wurde, je nachdem er den Principal noch am Leben wähnte oder nicht, — ſo werden wir uns der Anſicht nicht verſchließen können, daß hiemit ein ganz deutlicher Ausſpruch vorliegt, welcher in der Bezugnahme auf den Principal eine weſentliche Vorausſetzung der Zuläſſigkeit der adjecticiſchen Klagen anerkannt.

Aber auch die Ausdrucksweiſe der Quellen ſtimmt ausſchließlich mit unſerer Auffaſſung überein. Sie nennen jenes Element in dem die inſtitoriſchen und exercitoriſchen Klage zu Grunde liegenden Vertrag, welches ihrer Anwendung Raum verſchafft, eine lex contractus:

l. 1 § 9 D. de ex. a.: si hac lege accepit, quasi in navem impensurus. . . .

l. 1 § 12 D. eod: Igitur praepositio dat certam legem contrahentibus . . . .

Nun frage ich: wird man von demjenigen, der z. B. einem Schiffscapitän auf ſeinen eigenen Namen Geld leiht, damit er etwa ſein Schiff ausbeſſern laſſe, ſagen, er gebe ihm das Geld hac lege, d. h. mit der ausdrücklichen Vereinbarung, daß dasſelbe zur Ausbeſſerung des Schiffes verwendet werde? Wenn ſelbſt der Gläubiger von dieſer ſubjectiven Deſtination Kenntniß haben ſollte, ſo iſt dies ein ganz irrelevanter Umſtand, der auf den Vertrag nicht den mindeſten Einfluß hat, und den gewiß Niemand eine lex contractus nennen wird Ebenſo iſt aber auch l. 1 § 12 D. cit. vom Standpunkte der uns entgegenſtehenden Anſicht nicht zu erklären; denn welcher logiſch Denkende würde ſich wohl ſo ausgedrückt haben: „Der Inhalt der Präpoſition gebe den Contrahenten beſtimmte Verhaltungsmaßregeln“ —, wenn der eine der beiden Contrahenten, auf den es hier ganz weſentlich ankam, nämlich der Gläubiger, von dem Vorhandenſein einer ſolchen Präpoſition überhaupt nichts zu wiſſen brauchte?

Hieher gehört auch:

L. 5 § 9 D. de inst. a. 14, 3 (Vlp. lib. 28 ad Ed.). Idem Labeo ait, si quis pistor seruum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem uendendum, deinde is pecunia accepta praesenti ut per dies singulos ei panem praestaret, conturbauerit, dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas teneri debeat.

Charakteriſtiſch iſt hier der Ausdruck: si permisit ei ita dari summas. . . . Hierin ſoll offenbar das entſcheidende Moment bezeichnet

ſein. Und nun finden wir nicht jene Worte, welche zu erwarten wären, wenn es immer blos auf das innere Verhältniß zwiſchen dominus und institor ankäme und der Dritte dem dominus ganz fremd gegenüberſtünde: wir finden nicht die Worte: si permisit ei ita accipere pecuniam — ſondern die gebrauchte Redewendung deutet darauf hin, daß der Permiß des Herrn etwas ſeiner Natur nach nach Außen wirkendes war; es war eine Erlaubniß nicht blos an den Inſtitor, zu empfangen, ſondern auch an die Gläubiger zu geben: igitur praepositio dat certam legem contrahentibus.

Und hiemit ſtimmen denn in der That die übrigen Quellenausſprüche überein, welche ganz regelmäßig eine Bezugnahme auf den Principal erwähnen:

L. 7 D. de ex. a.

.... illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus

und § 2... nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus...

in welchen beiden Stellen, namentlich der ſubjective Conjunctiv: sit praepositus bezeichnend iſt, welcher auf das Wiſſen und die Gedanken des Gläubigers hindeutet, während für das blos objective Erforderniß der praepositio der Indicativ est praepositus richtiger geweſen wäre.

Vergleiche ferner:

l. 3 C. quando ex fa. tut. (5, 39).

Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori eius nomine minoris mutuo data est...

l. 10, § 5 D. mand. 17, 1.

Idem Papinianus libro eodem refert, fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet....

Ueberall alſo wird unſer Erforderniß referirt, und wenn es doch irgendwo übergangen iſt, ſo wird man es auf Grund der übrigen Stellen als ſelbſtverſtändlich ſupponiren können.

Und ſo glaube ich ſchließlich reſumiren zu können, daß eine unbefangene Lecture der Digeſtentitel de exercitoria und de institoria actione uns zu der feſten Ueberzeugung bringen muß, daß die materiellen Vorausſetzungen der genannten Klagen in wahrer Stellvertretung beſtehen. Hiemit aber iſt alles, was wir früher über den hiſtoriſchen Einfluß dieſer

Klagen, dieſes großen römiſchen Haftpflichtgeſetzes auf die Stellvertretung im römiſchen Recht geſagt haben, ſowie unſere Behauptung, daß dieſe Rechtsinſtitute hiſtoriſche Zeugniſſe allererſten Ranges für die Unzuläſſigkeit freier Stellvertretung im claſſiſchen Rechte darſtellen, auf's Vollkommenſte gerechtfertigt.

§ 4.

Der Umfang und die Quellenbeweiſe des Princips der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung.

Aus dem Zuſammenwirken des Formalismus der Rechtsgeſchäfte, des Erwerbs durch die gewaltunterworfenen Perſonen und der adjecticiſchen Klagen ergab ſich für das römiſche Recht das Reſultat, daß die Ausbildung der Stellvertretung hintangehalten wurde. Der Gedanke an die Möglichkeit derſelben iſt freilich den römiſchen Juriſten öfter vorgeſchwebt; ſie wagten aber nicht an der eingewurzelten Tradition, daß das Rechtsgeſchäft nur für Denjenigen Wirkungen erzeugen könne, der es perſönlich vorgenommen hatte, zu rütteln. Wem das heutzutage unbegreiflich erſcheinen will, der denke ſich eben in die Zeit hinein, in welcher der Rechtserwerb durch dritte Perſonen nicht etwas ſelbſtverſtändliches, ſondern eine Neuſchaffung von Rechtsgeſchäften war; bei Zulaſſung der Stellvertretung wäre ja der Vollmachtgeber nicht ſowohl durch das ſtellvertretende Rechtsgeſchäft, ſondern vor Allem durch die demſelben vorausgehende Bevollmächtigung, alſo im Sinne der Römer durch ein nudum pactum berechtigt und verpflichtet worden; eine Neuerung, die ihnen ebenſo unmöglich erſchien, als die Klagbarkeit der nuda pacta überhaupt. Es wurde daher der Grundſatz des Civilrechts, daß nur die überlieferten Verträge Rechte und Pflichten erzeugen können, dahin präciſirt, daß ſie auch nur für den perſönlich Handelnden dieſe Wirkungen üben; nur hiezu ſeien ſie beſtimmt.

l. 53 D. de A. R. D. 41, 1.

Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.[49])

[49]) Bekanntlich hat Savigny aus dieſem Satz die Zuläſſigkeit der Stellvertretung bereits für das römiſche und umſomehr für das heutige Recht herleiten wollen. Ich weiß nicht, ob es genug bekannt iſt, daß dieſer Gedanke von Savigny nicht zuerſt ausgeſprochen wurde, er findet ſich vielmehr bereits bei Stryk in tit. D. II. 14 § 12.

l. 11 D. de O. et A. 44, 7.

Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt ..

l. 38 § 17 D. de V. O. 45, 1.

Alteri stipulari nemo potest .... inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest; caeterum ut alii detur nihil interest mea.

Sehr oft findet ſich für das Princip der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung auch der Satz. per liberam personam nihil nobis adquiri potest. Auch dieſes Axiom hat durchaus nicht, wie Schloßmann will [50]), einen tieferen, rechtspolitiſchen Hintergrund, ſondern drückt nur unſer Princip, allerdings in eigenthümlicher Weiſe, aus. Eigenthümlich iſt an dieſem Satz nämlich das, daß er nur die berechtigende, nicht auch die verpflichtende Seite der Stellvertretung im Auge hat. Dies erklärt ſich aber ſehr einfach daraus, daß die Römer auch bei der ihnen allein bekannten Vertretung durch Sclaven nur im Erwerb vertreten wurden; in der Verpflichtung trat nur die beſchränkte adjecticiſche Haftung ein. Daher liegt den Römern Verpflichtung durch fremde Perſonen überhaupt ganz fern; ſie erſcheint ihnen principiell unmöglich; per alium deterior conditio nostra fieri non potest [51]). An Verpflichtung durch gewaltfreie Perſonen dachten die Römer überhaupt nicht, wohl aber ſchien es ihnen nothwendig, die Frage aufzuwerfen, ob man denn nicht auch durch ſolche unter Umſtänden berechtigt werden könne, und dieſe Frage dann principiell zu verneinen. Daher ſtammt denn dieſer Satz, der ſehr oft als ſelbſtändiger Grund der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung in den Quellen erſcheint, obgleich natürlicherweiſe ein ſo abſtractes Princip nicht der Grund der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung ſein kann, da es vielmehr lediglich eine Folge und den theoretiſchen Ausdruck derſelben darſtellt.

Uebrigens iſt die Ausſchließung der Stellvertretung auch im römiſchen Recht keine totale. Unbedingt iſt die Stellvertretung nur im Civilrecht abgelehnt, wie denn auch die oben angeführten Stellen (l. 53 D de A. R. D., l. 11 D. de O. et A. und l. 38 § 17 D. de V. O.) lediglich

[50]) Beſitzerwerb durch Dritte S. 47 flg.

[51]) l. 4, § 17, l. 11 pr. D. de exc. 44, 4, l. 3 § 4 D. quod cujusq. 2, 2, l. 27 § 1 ad Sc. Vell. 16, 1, l. 2 D. nov. 9, 1, l. 7 § 5 D. de O. N. N. 39, 1, l. 74 D. de R. J. 50, 17.

civilrechtliche Contracte vor Augen haben. Das Civilrecht beſtand aus einer geſchloſſenen Zahl von feſt ausgebildeten Contracten, an deren Gefüge man nichts zu ändern wagte. Eine Ausnahme macht ſchon das Sachenrecht, ſoweit es auf dem ius gentium beruhte. Und eine Reihe von Ausnahmen findet ſich auf dem Gebiete des prätoriſchen Rechts. Allerdings hat auch hier die alte Gewohnheit, daß Verträge immer auf den eigenen Namen des Contrahenten abgeſchloſſen werden mußten, eine vollkommen freie Entwicklung der Stellvertretung behindert, dennoch finden wir hier manche Erſcheinungen ſtellvertretender Natur, die auf civilrechtlichem Gebiete ganz unzuläſſig wären, und eine Reihe ſtellvertretender Rechtsgeſchäfte. Dies wird weiter unten (§ 7) auszuführen ſein; vorläufig ſoll das Princip der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung in civilen Rechtsgeſchäften noch näher erörtert werden.

Unter den Quellenbeweiſen, welche die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung darthun, iſt nun vor Allem hinzuweiſen auf die bekannten

l. 73 § 4 D. de R. J. 50, 17.
l. 53 D. de A. R. D. 41, 1.
l. 1 C. per quas pers. 4, 27.
l. 11 D. de O. et A. 44, 7.
l. 26 C. de I. D. 5, 12.
§ 19 J. de inut. stip. 3, 19.

Die Beweiskraft dieſer Stellen, auf welche man die herrſchende Lehre gewöhnlich mit Beruhigung ſtützt, wird nunmehr angefochten von Hellmann a. a. O. S. 70 flg. So vor Allem die der l. 11 cit. D. de O. et A. Quaecunque gerimus cum ex nostra contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere vendere contrahere ut alter suo nomine recte agat possumus. Hellmann behauptet, es ſei durch kein Wort angedeutet, daß die Stelle ſich auf wahre Stellvertretung beziehe; ſie ſpreche vielmehr lediglich von den Verträgen zu Gunſten Dritter, deren Ungiltigkeit ſie ſtatuire. Schon grammatiſch fordere der mit cum verbundene Indicativ die Ueberſetzung: „Unſere Handlungen — ſoweit ſie nämlich unſere eigenen Contractshandlungen ſind“ — wobei darauf angeſpielt ſei, daß es auch Handlungen gebe, die zwar äußerlich als die unſrigen erſcheinen, in Wahrheit aber nicht unſrige Contracte ſind. Letzteres iſt aber bei allen ſtellvertretenden Verträgen nach Hellmann in der That der Fall, da hier der Stellvertreter gar nicht Contrahent ſein ſoll, ſondern der dominus

(a. a. O. S 22—26). Somit ſei die Stelle nicht von den ſtellvertretenden Verträgen, ſondern nur von Verträgen zu Gunſten Dritter zu verſtehen, bei denen wir allerdings unbeſtritten Contrahenten ſeien; nur dieſe würden in l. 11 cit. für ungiltig erklärt.

Und in derſelben Weiſe interpretirt Hellmann denn auch alle andern hierher gehörigen Stellen auf Verträge zu Gunſten Dritter hinaus. So insbeſondere:

l. 38 § 17 D. de V. O. 45, 1, l. 73 § 4 D. de R. T. 50, 17, l. 26 C. de J. D. 5, 12 § 19 J. de inut. stip. 3, 19.

Insbeſondere auch

l. 1 C. 4, 27.

Exceptа possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita nihil acquiri posse indubitati juris est. Si igitur procurator non sibi sed ei cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio adquisita est.

Auch hier, meint Hellmann, ſei nirgends ausgedruckt, daß der Procurator ſeine Vollmacht äußerlich kundgegeben habe. Aber auch dann, fügt er hinzu, würde noch eine stipulatio zu Gunſten des dominus vorliegen, welche wegen der formalen Natur der stipulatio ungiltig wäre (a. a. O. S 72).

Sofort aber gibt ſich bei dieſer Stelle die Bedenklichkeit ſolcher Interpretation deutlich zu erkennen. Denn was ſoll es heißen, wenn Hellmann meint: „Ein vollmachtsmäßiges Handeln könnte freilich in dem Worte Procurator angedeutet ſein. Allein angedeutet iſt nicht, daß der Procurator ſeine Vollmacht bekundet habe.“ Ich denke doch, wenn der Procurator für den dominus ſich ausdrücklich verſprechen läßt, ſo iſt dies vollkommen genugend für den Erwerb der Klage durch den dominus, dafern der Stellvertreter nur überhaupt bevollmächtigt war, und kann es nicht noch darauf beſonders ankommen, daß der Procurator dem tertius ſeine Vollmacht, für den dominus zu handeln, beſonders intimirt. Und wenn Hellmann weiter ſagt: In jedem Falle ſei die Entſcheidung daraus zu erklären, daß der Procurator eine Stipulation abgeſchloſſen hatte, ſo iſt auch dies nicht richtig. Vor allen Dingen müſſen wir wohl davon ausgehen, daß das pactum, welches der Stipulation voraufging, kein nudum pactum, ſondern das pactum adjectum eines auf Hingabe der Sache an den Dritten gerichteten Vertrages iſt, in

welchem Rückfall der Sache an den dominus unter einer gewissen Bedingung verabredet wird. [52]) Jedenfalls ist es ein an sich giltiges pactum gewesen, da die Kaiser das si non sibi pactus est ausdrücklich betonen und hiermit anerkennen, daß das sibi pacisci im concreten Fal. zulässig gewesen wäre. Dies aber vorausgesetzt, kann der Umstand, daß auf das pactum noch eine Stipulation folgt, demselben seine Wirksamkeit nicht entziehe; man höre nur, wie die Römer in derartigen Fällen entschieden:

l. 126 § 2 D. de V. O. 45, 1 (Pau. lib. 3. quaest.).

Im Falle dieser Stelle hat ein Freigelassener seinem einstigen dominus die Rückzahlung einer von ihm ursprünglich auf eigenen Namen zum Darlehen gegebenen Summe ausbedungen. Es war die Frage, ob hierdurch nicht die ursprünglich giltige Darlehensobligation novirt war und somit nur eine ungiltige Stipulation vorlag

Ganz absehend davon, daß durch ungiltige Verträge eine Novation gar nicht zu Stande kommen kann, somit das pactum eo ipso nicht berührt wird — was auch im Falle der l. 1 C. 4, 27 gegen Hellmann zu bemerken ist, — meint der Jurist auch noch: Im Zweifel sei nicht anzunehmen, daß eine zu einem bestehenden Rechtsverhältniß hinzutretende Stipulation einen novatorischen Charakter habe; sie sei vielmehr lediglich accessorischer Natur:

> superest quaeramus an ex numeratione ipse qui contraxit, pecuniam creditam petere possit? Nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum; plane si praecedat numeratio sequatur stipulatio non est dicendum recessum a naturali obligatione.

Wie immer man also die Sache auffaßt, die Stipulation kann im Falle der l. 1 C. 4, 27 nicht daran Schuld gewesen sein, daß der Vertreter die Klage nicht erwarb. Es muß also doch wohl daran gelegen sein, daß die Stellvertretung den Vertrag ungiltig gemacht hatte.

[52]) Ich schließe mich hiemit jener Erklärung an, welche Mühlenbruch, Cession S. [illegible] nach Donell) von der Stelle gibt. Uebrigens ist der Ausdruck redintegratae rei vindicationem so auffallend, daß er den Gedanken an eine Corruption nahelegt. Ebenso auffällig ist der Schlußsatz der Stelle, nachdem betont worden ist, daß der Procurator keinen obligatorischen Vertrag für den Herrn schließen kann, wird im Gegensatz (?) dazu hervorgehoben, daß Sclaven ihren Herrn durch Tradition erwerben

Ebenſo kann aber auch nicht von einem Vertrage zu Gunſten Dritter verſtanden werden, die citirte l 126 § 2 D. de V. O. ſelbſt in den Worten:

respondit, per liberam personam ..... obligationem nullam adquirere possumus.

Es folgt dies ganz deutlich aus dem ſich daran ſchließenden Gegenſatz:

plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae adquireretur.

Es liegt doch ſo unendlich nahe, Denjenigen, der ein Darlehen mit fremdem Gelde gibt, als einen beauftragten Stellvertreter des Eigenthümers aufzufaſſen.[63]) Denn wie käme er ſonſt in den Beſitz des fremden Geldes? Wenn aber in der Antitheſe offenbar Stellvertretung behandelt wird, ſo muß auch der erſte Satz dieſelbe im Auge haben.

Ebenſo führt auf daſſelbe Ergebniß die richtig verſtandene

l. 6 C. si quis altori 4, 50.

Da Hellmann auch dieſe Stelle von einem Vertrage zu Gunſten Dritter verſteht, müſſen wir die Unrichtigkeit dieſer Annahme nachweiſen. Die Stelle lautet:

Multum interest utrumne uxore tua comparante pecuniam numerasti eique possessio tradita est; an contractu emtionis a te nomine tuo habito tantum uxoris nomen post instrumentis inscribi feceris.

Nam si quidem uxor tua nomine suo emerit eique res traditae sunt, nec in te quidquam de his processit nonnisi de pretio adversus eam in quantum tu pauperior et illa locupletior facta est habes actionem.

Quod si tu quidem emisti et tibi tradita est possessio, tantum autem nomen uxoris quondam tuae instrumento inscriptum est, res gesta potior quam scriptura habetur.

Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti

[63]) Ich will mich gar nicht auf das nostro nomine berufen, da nomine alieno handeln allerdings nicht immer bedeutet als Stellvertreter eines andern handeln, ſondern auch die Perſon bezeichnen kann, für welche die Handlung Rechtswirkungen erzeugen ſoll, z. B. l 1 § 14 D. depo 16, 3 si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro deposuissem. Es konnte alſo das nostro nomine immerhin auch den in einem Vertrage zu Gunſten Dritter bedachten bezeichnen

nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum tibi non vis nec illi potes.

Quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est.

Angesichts dieser Stelle braucht man sich nicht mit dem bescheidenen Argument zufrieden zu geben, daß es ja so nahe gelegen hätte, der Vollmacht oder der Ratihabition zu gedenken, wenn dieselben wirklich gefruchtet hätten. Man kann vielmehr in dieser Stelle den allerstärksten Beweis für unser Dogma und für die Unrichtigkeit der Hellmann'schen Ansicht erblicken.

Die Stelle hat folgenden Thatbestand:

Ein Ehemann hatte seine Frau in der Weise beschenkt, daß er den Kaufpreis für verschiedene Gegenstände bezahlte, in deren Besitz die Ehegattin gelangte. Letzteres muß wohl angenommen werden, denn offenbar klagte der Mann mit der Eigenthumsklage (arg. die Schlußworte). Auf welche Weise jedoch die Frau in den Besitz jener Gegenstände gelangt war, und ob sie oder ihr Mann, oder sie durch Vermittlung ihres Mannes den Vertrag abgeschlossen hatte, darüber waren die Rescribenten nicht informirt worden und deswegen sehen sie sich genöthigt, folgendermaßen zu unterscheiden:

I Die Frau hatte im eigenen Namen gekauft und die Sachen übergeben erhalten. In diesem Falle hatte ganz unzweifelhaft das Eigenthum sie erworben, der Ehegatte konnte höchstens durch Zahlung des Kaufpreises sie beschenkt haben; er mußte daher auf diesen klagen.

II Hatte der Mann auf eigenen Namen gekauft und übergeben erhalten, und war nur zum Schein der Name seiner Frau in das Kaufsinstrument gesetzt worden[54], so entschied natürlich das wirklich vorhandene Geschäft zu Gunsten des Mannes.

III Hatte aber der Mann auf den Namen der Frau gekauft, dann hatte er ein nichtiges Geschäft abgeschlossen; die Kaiser bezeichnen das mit den Worten:

emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum tibi non vis nec illi potes

und nun fügen sie hinzu:

[54] Ein damals wie heute sehr gewöhnlicher Fall insbesondere ein Mittel zu Umgehung der Schenkungsverbote l 2 C plus valere 4, 22, l 4 C si quis [illegible] 4, 50, l 16 C. don int. 5, 16.

quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est.

Von vornherein ſollte hier klar ſein, daß der Schlußſatz quare — tradita est die Entſcheidung des letzten Falles enthalte, und nur des letzten Falls allein. Statt deſſen ſcheint man gewöhnlich anzunehmen, der Schlußſatz enthalte eine Beſtimmung, die allen drei Fällen gemeinſam iſt. Hellmann (S. 67) ſagt dies ausdrücklich. Aber auch Mühlenbruch ſcheint dies anzunehmen, indem er (Ceſſion S. 91) den Schlußſatz nur in Parentheſe den übrigen beifügt. Und dennoch iſt gerade dies unrichtig und verhindert, daß man das Argument, welches die Stelle für die herrſchende Lehre enthält, deutlich erkenne. Vor Allem iſt es klar, daß zu einer ſolchen zuſammenfaſſenden Entſcheidung ein Grund gar nicht vorliegt, denn die beiden erſten Fälle haben bereits ihre Entſcheidungen, und bedürfen gar keiner mehr; dagegen hat gerade der letzte Satz noch keine Entſcheidung gefunden und es hieße zum Mindeſten äußerſt unpräcis ſprechen, wenn man nach genauer Unterſcheidung dreier Fälle den letzten Fall dann doch einer Entſcheidung nicht mehr werth findet, ſondern ihn nur der allgemeinen Schlußentſcheidung, die auch für die übrigen Fälle gilt, unterzieht. Zudem nöthigt der Schlußſatz gar nicht zu einer ſolchen Ausdehnung, da er mit keinem Worte auf eine ſolche hinweiſt, während ſonſt zum Mindeſten ein verallgemeinerndes quare in perpetuum dieſen Worten wäre voranzuſchicken geweſen. Und ſchließlich iſt zu bemerken, daß die Entſcheidung, auf die beiden erſten Fälle mitbezogen, ſogar unrichtig wäre; denn wäre z. B. im Falle, wo der Mann kauft, der Frau auf ſein Geheiß tradirt worden, ſo würde, argumento l. 3 § 12 D. don. int. 24, 1 die delegirte Tradition an die Frau, ſogar Eigenthum für den Mann begründet haben, und wäre in dominii quaestione der Mann vorzuziehen.

Geſetzt nun aber, der Grund, weshalb im dritten Falle die Kaiſer ſagen: emti actionem nec illi nec tibi quaesisti wäre wirklich der von Hellmann angegebene: Mangel der Vollmacht oder Ratihabition, und freie Stellvertretung wäre zuläſſig, was wäre die Folge? Es kommt zum Proceſſe: klagt die Frau, ſo liegt ja ſchon in ihrer Klage die Ratihabition[55]), wird ſie geklagt, ſo ratihabirt ſie durch die Einrede — wenn freie Stellvertretung alſo zuläſſig war, ſo iſt der dritte Fall immer zu Gunſten der Frau zu entſcheiden, und hiemit iſt vollkommen bewieſen, daß die Stelle nur dadurch zu erklären iſt, daß die Stellvertretung unzu-

[55]) Ratihabition durch Klage ſiehe auch in l. 66 D. de fidej 46, 1, l 19. C. de N. G 2, 19.

läſſig war. Denn ſonſt wäre die für denſelben gegebene Entſcheidung eclatant unrichtig. Es iſt alſo nicht blos unwahrſcheinlich, daß die Kaiſer die Erwähnung der Ratihabition vergeſſen hätten; nein, Ratihabition ſeitens der Frau lag ihnen ja vor, denn die Frau beharrte ja auf dem Geſchäfte aber das war ein wirkungsloſes Wollen.

Daß dann natürlich die Tradition ſowohl an den Mann, als an die Frau gültig war, obwohl in unſerem Falle keines von beiden aus dem Kauf berechtigt war, iſt ſelbſtverſtändlich, denn eine gültige causa iſt zum Erwerb des Eigenthums nicht erforderlich[58]; darum war der betreffende Theil, dem tradirt worden war, potior in dominii quaestione.

Zur Unterſtützung dafür, daß dieſe Stelle nicht ſchlechthin die Möglichkeit der Stellvertretung ausſchließen will, beruft ſich Hellmann (S. 68) noch auf:

l. 16 C. don. int. 5, 16.

Si filii tui emancipati matris hereditatem sibi acquisiverunt, proba apud praesidem provinciae non donandi animo te nomine uxoris tuae praedia comparasse, sed nominis dumtaxat eius titulo usum per possessionem rerum a venditoribus tibi traditarum dominum esse effectum, ut comprehensa filiorum tuorum iniuria proprietatis ius incolume perseveret. Nam si largiendi animo id te fecisse constiterit, pecuniae tibi persecutio competit.

Der Thatbeſtand iſt der: die emancipirten Söhne beſitzen gewiſſe in der Erbſchaft der Mutter befindliche Grundſtücke, die der Vater gekauft haben will. Hellmann verſteht nun die Entſcheidung, wie folgt: „War der fragliche Kauf wirklich ein Kauf im Namen der Mutter, wobei der Kaufpreis ſchenkungsweiſe für dieſelbe erlegt wurde, dann wurde die Mutter durch die Beſitznahme des Gatten Eigenthümerin der praedia. Geſchenkt iſt nur der Kaufpreis, der allein condicirt werden mag.

Hier iſt alſo ſchlechthin der Kauf Namens der uxor vorausgeſetzt als justa causa des Eigenthumserwerbs der uxor."

Auch werde ja, ſo fährt Hellmann fort, die Zahlung des Preiſes als ein Geſchenk des Mannes an die Frau behandelt. Dies ſei aber nur denkbar als Schuldbefreiung, dieſe wieder nicht ohne die Giltigkeit des stellvertretenden Kaufs.

Dies hat nun alles viel Schein, iſt aber nicht beweiſend. Denn

[58] Vgl. Bahr, Anerkennung § 4

was den angeblichen Eigenthumserwerb der Frau durch den Mann betrifft, so ist zu bemerken, daß wenn wirklich der Mann sich auf den Namen der Frau und als ihr Stellvertreter tradiren ließ, diese Eigenthümerin auch dann werden mußte, wenn das Geschäft ungiltig war, weil Besitzerwerb durch Stellvertreter möglich und die Giltigkeit des zu Grunde liegenden obligatorischen Geschäfts, wie bereits oben bemerkt, keine Voraussetzung des Eigenthumsübergangs war. Der Eigenthumsübergang beweist also gar nichts für Hellmann. — Besser wäre es schon, wenn die Zahlung des Kaufpreises als eine Schuldbefreiung gegenüber der Frau angesehen würde, wie Hellmann behauptet — wenn dies nur richtig wäre; es ist aber nicht richtig, denn die Stelle sagt nicht pecuniae tibi persecutio competit adversus heredes uxoris, sie sagt blos pecuniae persecutio competit, wozu wir uns natürlich hinzudenken: adversus venditores, und an die condictio indebiti oder sine causa auf Grund des ungiltigen Geschäftes denken, wobei den Verkäufern wieder die condictio sine causa gegen die Erben der Frau verbleibt. Und wollte man vielleicht die Zahlung als unanfechtbar ansehen, weil der, zwar unverbindliche Vertrag auf beiden Seiten erfüllt war, dann stand dem Mann erst recht wieder die condictio gegen die Erben der Frau zur Seite, gleichwie im ersten Falle der eben besprochenen l. 6 C. 4, 50.

Aus der weiters von Hellmann (S. 69) für sich angeführten l. 9 C. 5, 16 geht nicht einmal hervor, daß der Mann Namens der Frau gekauft habe; es heißt nur etsi de tua pecunia mancipia uxori tuae comparata sunt — was alle möglichen Eventualitäten des Kaufsabschlusses offen läßt.

Haben wir also hier schon eine Reihe von Stellen gefunden, welche die Stellvertretung für ausgeschlossen erklären, so werden wir nicht zweifeln können, daß auch die von uns schon früher citirte l. 11 D. de O. et A. 44,7 nicht von Verträgen auf fremden Namen ohne Vollmacht, sondern von wahrer Stellvertretung spricht.[67])

Hinsichtlich eines der weiteren Fundamente der hier vertretenen Lehre, der

[67]) Uebrigens ist die von Hellmann vertretene Auffassung schon früher aufgestellt und schon damals zurückgewiesen worden. Vgl. Puchta, Vorlesungen zu § 273: „Man hat die l. 11, D. de O. et A. von einem Falle verstehen wollen, wo kein Repräsentationsverhältniß kein Mandat vorliegt, dadurch würde sie ganz trivial und überdies höchst ungeschickt werden, weil gerade das entscheidende Moment verschwiegen wäre."

l 11 § 6 D. de pig. a. 13, 7.

per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur et ideo ipsi actione pignoratitia convenientur. Sed nec mutat quod constitutum est ab imperatore nostro posse per liberam personam possessionem acquiri; nam hoc eo pertinebit ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret

bemerkt Hellmann, die Nichterwerbung des Pfandrechtes durch eine libera persona ſei nur das nothwendige Corollar der Thatſache, daß man auch Forderungen nicht durch liberae personae erwerbe; darum muſſe der Procurator auch das Pfandrecht in ſeiner eigenen Perſon begründen, denn ohne Forderung kein Pfandrecht; daher ſei es denn auch zu erklären, daß der Procurator aus dem pigneratitius contractus, wie hier betont werde, perſönlich hafte.

Selbſt die Richtigkeit dieſer Argumentation zugeſtanden, ſo würde doch Hellmann hiemit, ohne ſich deſſen bewußt zu ſein, unſer Princip zugeſtanden haben; indeſſen iſt dieſelbe auch nicht zutreffend, weil ja einerſeits der Dominus die Forderung, für welche ihm durch den Procurator ein Pfandrecht begründet werden ſoll, ſchon längſt beſitzen kann, anderſeits bei manchen Verträgen, zum Beiſpiel beim Darlehen, die Forderung dem Dominus ausnahmsweiſe denn doch durch den Procurator erworben werden kann —

Hiemit haben wir diejenigen Stellen, welche gewöhnlich für die herrſchende Anſicht angeführt werden, geprüft und haben ſie vollkommen beweiskräftig gefunden. Es kann ſchon nach dem hier Geſagten kein Zweifel ſein, daß durch Stellen, wie l. 6 C. 4, 50, l. 126 § 2 D. de V O., l. 1 C. 4, 27, l. 11 D de O. et A., l. 73 § 4 D. de R. J., l. 11 §. 6 D. de pig. a. das Princip der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung aufs Klarſte dargethan wird. Nicht alſo, als ob wir weitere Beweiſe für nothwendig hielten, ſondern nur weil es räthlich iſt, gleich möglichſt feſte Poſition zu faſſen, geſchieht es, daß ich noch eine Reihe weiterer Stellen heranziehe, aus welchen erhellt, wie weit die Römer in civilen Verträgen von einer Anerkennung der directen Stellvertretung entfernt waren, und welche darum nicht minder beweiſend ſind, weil ſie keine principiellen Ausſprüche enthalten.

Vor Allem iſt hier hervorzuheben die bekannte
L. 49 D. mand. 17, 1.

Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo. Mandatu meo eum Titius vendidit cum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu cum forte is cui heres extiterit eum emisset; de jure evictionis et de mandato quaesitum est. Puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori neque si eam tradidisset, vindicationem ei concedendam sqq.

Es iſt ſeit der berühmten Interpretation dieſer Stelle durch Ihering unzweifelhaft, daß hier Titius nicht als directer Stellvertreter ſeines Auftraggebers, ſondern auf eigenen Namen den Vertrag abſchließt, und daß nur deswegen ihm die Vindication nicht mehr zuſteht[58]), weil er aus dem Verkaufe verpflichtet iſt, da es ſonſt unbegreiflich wäre, wie ſo er an der Vindication gehindert ſein ſollte,

arg. l. 35 D. de A. R. D. 41, 1.

Der Hinderungsgrund der Vindication kann alſo offenbar nur in dem Verkauf auf eigenen Namen liegen. Iſt aber der Verkäufer aus dem Verkaufe auf eigenen Namen verpflichtet, ſo wird man für dieſe Art des Vertragsabſchluſſes kaum eine andere Erklärung finden können, als die, daß Titius eben im eigenen Namen verkaufen mußte, weil Stellvertretung unzuläſſig war. Denn Alles, was zur Stellvertretung gehörte, lag ja vor, Titius war ausdrücklich als Procurator aufgetreten. Dies ſagt die Stelle ausdrücklich:

quamvis quasi procurator vendidisset.

Titius hatte alſo mit offener Vollmacht gehandelt, der Juriſt erkennt an, daß Alles dafür ſpricht, ihn nicht haften zu laſſen — aber dennoch iſt es ihm klar, daß jener Verkauf offenbar für den Titius bindend geweſen ſein mußte, das deutlichſte Zeichen dafür, daß der Procurator nur im eigenen Namen abſchließen konnte.

Eine hiehergehörige Stelle iſt ferner
l. 51, § 1 D. de aed ed. 21, 1. (Afr. lib. 8 quaest.)

Circa procuratoris personam cum quidem ipse scierit morbosum, vitiosum esse, non dubitandum quin quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus nihilo magis eo nomine agere possit; at cum

[58]) vgl Jahrb. f Dogm. II S. 176.

ipse ignorans esse vitiosum mandatu domini qui id sciret emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam.

Auch hier iſt wieder offenbar, daß der Procurator mit offener Vollmacht aufgetreten war. Denn wenn das nicht geſchah, wenn der Dominus nicht als der durch den Contract zu berechtigende von vornherein war angeſehen worden, ſo iſt nicht zu begreifen, wie man überhaupt auf den Gedanken ſollte gekommen ſein, aus ſeiner mala fides für den Verkäufer eine Einrede herzuleiten. Wohin würde es denn führen, wenn man jedem Contrahenten die Einrede geſtatten wollte, der Mandant, in deſſen Intereſſe ſein Mitcontrahent den Vertrag geſchloſſen habe, ſei in irgend einer mala fides? Dies hieße die Motive des Vertrages zum Vertragsinhalt erheben, ein Verfahren, deſſen Abſurdität trefflich gekennzeichnet worden iſt von Ihering a. a. O. I. S. 320 fig. War alſo, wie wir annehmen müſſen, der ganze Vertrag ausdrücklich mit Rückſicht und im Intereſſe des Mandanten abgeſchloſſen, dann begreift man nicht, woher es kommt, daß ipso jure doch der Procurator in erſter Linie der Vertragsberechtigte und Verpflichtete war, wenn man es nicht aus der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung erklären will. Wir Heutigen wenigſtens würden bei dem hier offenbar vorliegenden Sachverhalt jedenfalls annehmen, daß der Vertrag im Namen des Dominus geſchloſſen ſei.

In dieſen Zuſammenhang gehört ferner:

l. 8 D. de resc. vend 18, 5 (Scaev. lib. 2. resp.)

Titius Seii procurator defuncto Seio ab eo scriptus heres, cum ignoraret, fundum vendente servo hereditario quasi procurator subscripsit: quaesitum est an cognito eo priusquam emtio perficeretur a venditione discedere possit; respondit Titium si non ipse vendidit non ideirco actionibus civilibus teneri, quod servo vendente subscripserat; sed servi nomine praetoria actione teneri.

Titius iſt Procurator des Sejus; in Unkenntniß von deſſen Ableben unterſchreibt er einen Kaufvertrag eines Sclaven des Sejus in ſeiner Eigenſchaft als Procurator; es wird die Frage angeregt, ob er hiedurch haftbar geworden ſei. Der Jurist unterſcheidet: hat er mit jener Unterſchrift erklärt, ſelbſt verkaufen zu wollen, ſo haftet er; wollte er nur dem Sclaven hiemit einen jussus ertheilen, ſo haftet er, wenigſtens

civiliter[58]) nicht. Nun geht aber die Stelle von der ausdrücklichen Voraussetzung aus, daß Titius nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Herrn, quasi procurator, unterschrieben hatte; es wäre also, Stellvertretung als zulässig vorausgesetzt, wieder ganz unerklärlich, wieso Titius zu einer persönlichen Verhaftung aus jenem stellvertretenden Vertrage käme.

Man sehe ferner:

l. 66 § 3 D. de evict. 21, 2. (Pap. l. 28 quaest.)

Divisione inter coheredes facta si procurator absentis interfuit et dominus ratum habuit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum qui negotium absentis gessit . . . .

Diese Stelle macht zwar auch Hellmann für sich geltend, allein wie ich glaube mit Unrecht. Bei einer Erbtheilung war ein unbevollmächtigter Procurator intervenirt, der vertretene Erbe hatte aber dann seine Verfügungen anerkannt; nun heißt es: Nach Eviction von Grundstücken, die der Procurator offenbar aus dem Erbtheil des Abwesenden an die Miterben veräußert hatte, trifft den Erben jene Klage, welche gegen seinen Vertreter gegeben würde. Hiemit aber ist anerkannt, daß eigentlich auch gegen seinen Vertreter eine Klage gegeben würde, wenn die Miterben dies verlangten, somit ist die gegen ihn selbst zuständige Klage die actio quasi institoria.[59]) Und doch waren alle Voraussetzungen freier Stellvertretung vorhanden. Denn welcher Vertrag könnte wohl eine entschiedener stellvertretende Natur haben, als der über die Theilung eines fremden Vermögens?

Wenn dagegen Hellmann sich für seine Auffassung, daß gegen den Procurator hier gar keine Klage mehr gegeben werde, darauf beruft, daß die quasi institoria nicht eine Klage sei, die gegen den Procurator gegeben würde, sondern „eine neben der gegen den Procurator bestehenden

[58]) Was die erwähnte praetoria actio, mit der Titius haftet, anbetrifft, so kann man dabei denken entweder an die actio quod jussu aus der Person des Herrn, die auf Titius durch Erbantritt übergehen wurde; dieser Erwantritt ist zwar nicht erwähnt, wird aber in den Quellen oder stillschweigend vorausgesetzt, z. B. l. 9 D. si pars her. 5, 4, man kann aber auch, wenn man annimmt daß der nach dem Tode des Herrn ertheilte jussus ungültig war, an die persönliche Haftung des procurator inbens nach l. 1 § 3 D. quod jussu denken. Alles hängt davon ab, ob man den nach dem Tode des dominus Lona fide ertheilten jussus noch für rechtswirksam hält.

[59]) Vgl. Unterholzner Schuldverhältnisse I § 200.

Kaufsklage gegebene Klage gegen den Dominus" — ſo iſt zu bemerken, daß die quasi institoria doch denſelben Inhalt hat, wie die Klage gegen den Procurator und daß man ſehr wohl auch bei fortdauernder Haftung des Procurators ſagen kann, man gebe dem Gläubiger gegen den Dominus jene Klage, welche eigentlich gegeben würde, wenn er nicht die gegen den Dominus vorzöge.

Hellmann erklärt ſich die actio quae daretur damit, daß der Procurator ſich für den Fall ausbleibender Ratihabition für Eviction verbindlich gemacht habe. Nun frage ich aber, welcher logiſch denkende Juriſt würde ſich bei Zuläſſigkeit der freien Stellvertretung ſo ausgedrückt haben: „den Dominus trifft im Falle der Ratihabition jene Verbindlichkeit, welche bei Ausbleiben derſelben als Schadenserſatzpflicht auf ſeinen Procurator fällt." Dies hieße doch die Sache auf den Kopf ſtellen und ſtatt die Garantiepflicht des Stellvertreters an der Verpflichtung des Dominus dieſe an jener meſſen. — Somit wird auch in dieſer Stelle eine Verpflichtung des Procurator zu Grunde gelegt.

Es iſt ferner zu vergleichen:

l. 16 § 1 D. de pac. 2, 14 (Ulp. lib. 4 ad Ed.)

sed et si inter dominum rei venditae et emtorem convenisset, ut homo, qui emtus erat, redderetur ei qui pro domino rem vendidit, petenti ei pretium doli exceptio nocebit.

Daß hier ein Vertrag vorliegt, den wir als ſtellvertretenden Vertrag bezeichnen würden, iſt außer allem Zweifel. Denn abgeſehen von den Worten pro domino vendidit liegt ſchon darin, daß dem Pactum des Dominus indirect doch eine Einwirkung auf den Vertrag ſeines Mandatars gegeben wird, der beſte Beweis dafür, daß dieſer ausdrücklich auf den Namen des Dominus abgeſchloſſen war. Wäre nämlich der Vertreter bloßer Erſatzmann, Commiſſionär geweſen, ſo hätte der im Vertrage gar nicht benannte Dominus blos aus dem Titel, daß das Geſchäft für ſeine Rechnung geſchloſſen war, gar keine den Commiſſionär verbindenden Verfügungen treffen können. Denn ihn geht das für ſeine Rechnung geſchloſſene Geſchäft vor der Abtretung noch gar nichts an, wie dieſer Rechtsſatz auch im deutſchen Handelsgeſetzbuche ſanctionirt worden iſt. War aber das Geſchäft ein auf Namen des Dominus geſchloſſenes, ſo geht aus den Worten petenti doli exceptio nocebit die Klagberechtigung des Vertreters und ſomit ein neues Argument gegen die freie Stellvertretung im römiſchen Recht hervor.

Dasſelbe Reſultat ergibt

l. 7 C. si quis alteri 4, 50.

Cum per eos qui negotia tua gerebant, olei materiam te comparasse, contractusque fidem pretio suscepto rupisse venditorem proponas, si quidem ex emto his qui iuri tuo subiecti fuerant contrahentibus tibi quaesita est actio vel per te vel per eum cui mandaveris; sin vero sui iuris constituti secundum mandatum tuum hunc contractum habuerunt ac sibi emti quaesierunt actionem, per eos. .. adi competentem iudicem.

Das Reſcript ſetzt nur zwei Fälle als möglich voraus:

Entweder die Vertreter waren gewaltunterworfene Perſonen, dann hat der Supplicant die Klage perſönlich erworben; oder ſie waren gewaltfreie, dann iſt die nothwendige Folge: sibi quaesierunt actionem; dann müſſen ſie ſelbſt klagen.[61]) Die dritte Eventualität, daß ſie gewaltfrei waren und doch dem Vertretenen die Klage direct erworben hatten, hält das Reſcript offenbar gar nicht für möglich.

Gegen die Zuläſſigkeit freier Stellvertretung ſprechen denn auch die Fälle der von Papinian[62]) erfundenen actio quasi institoria. Es ſind lauter Fälle, in denen wir heutzutage die directe Vertragsklage geben würden.

L. 31 D. de N. G. 3, 5 (Pap. lib. 2 resp.)

Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam; cuius literas creditor secutus contraxit et fidejussor intervenit. Etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori, non fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.

Auch im Thatbeſtande dieſer Stelle kann darüber kein Zweifel ſein, daß der Gläubiger ſowohl als der Libertus ſich bei der Vertragsabſchließung über das Vertretungsverhältniß vollkommen im Reinen waren; denn es hatte der libertus vel amicus dem Gläubiger den Brief vorgezeigt, in welchem dieſer Auftrag enthalten war; auch muß es ein Auf-

[61]) Eine ähnliche Ausdrucksweiſe findet ſich auch in l. 7 § 1 C. qd cum eo 4, 26; vgl. Zimmermann a. a. O. S. 221.

[62]) Daß Papinian der Schöpfer der quasi institoria actio ſei, nehmen auch an Baron, Abhandlungen II S. 192, und Pernice Labeo I. 496. Den gewöhnlich hiefür citirten Stellen l. 31 D. de N. G., 3, 5, l. 10 § 5 D. mand. 17, 1, l. 13 § 25 D. de A. E. 19, 1, l. 5, C. 4, 25, l. 16 D. de inst. a., l. 6 C. eod. iſt noch beizufügen l. 66 § 3 D. de evict. 21, 2 (von Papinian).

trag zum Contrahiren nicht im eigenen Intereſſe des Libertus, ſondern im Intereſſe des Dominus geweſen ſein, ſonſt läge kein Mandat vor. Damit aber ſind die Vorausſetzungen freier Stellvertretung gegeben, dennoch wird in unſerem Falle nur eine actio quasi institoria ertheilt.

Und ganz dasſelbe Reſultat ergibt ſich auch aus l. 10 § 5 D. mand. 17, 1, ſowie aus l. 13 § 25 D. de A. E. V. 19, 1.

Wie wäre denn auch, wenn freie Stellvertretung zuläſſig war, zu erklären, daß der Mündel alle Rechtshandlungen perſönlich auctoritate tutoris vorzunehmen hatte, da es doch ſo nahe lag, daß, wie heutzutage geſchieht, der tutor in ſeinem Namen handle? Und wie vor Allem könnten wir begreifen, daß der feine juriſtiſche Tact der Römer, der jedem ſich entwickelnden Rechtsinſtitut ſo viel Verſtändniß entgegenbrachte, dieſes Rechtsinſtitut ganz ignorirt, keinen Namen dafür erfunden, keine Regeln dafür aufgeſtellt und ſich an Rechtsparömien angeklammert hätte, die jenem Inſtitute in unvermittelter Negative gegenüberſtanden?

Wir ſchließen dieſes Capitel mit der Betrachtung derjenigen Stellen, die als Beweiſe der Zuläſſigkeit der Stellvertretung im römiſchen Rechte angeführt werden.

Ganz abſehen können wir hiebei von Savigny's Berufung auf l. 53 D. de A. R. D, welche ſchon von Ruhſtrat ſo gründlich widerlegt worden iſt, daß weitere Erörterungen darüber gar nichts Weſentliches mehr erbringen würden.

Neue Beweisſtellen hat Hellmann beigebracht. Dies ſind l. 84 D. pro soc. 17, 2 (Labeo lib. 6 poster.

> Quotiens iussu alicuius cum filio eius vel cum extraneo societas coitur directo cum illius persona agi posse cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

S. Hellmann S. 49, woſelbſt ſich auch die Literatur dieſer Stelle verzeichnet findet.

Im Gegenſatz zur Erklärung der Gloſſe, welche unter der persona spectata den filius oder extraneus erblickte, ſowie zu der Erklärung der meiſten neueren, welche den Jubenten für die spectata persona anſehen, die zuſtändige Klage aber für eine actio mandati contraria halten, meint Hellmann, die persona spectata ſei zwar der Jubens, die gegen ihn zuſtändige Klage ſei aber nicht actio mandati, ſondern directe Societätsklage. Denn es ſei doch nicht wahrſcheinlich, daß irgend

ein römiſcher Juriſt die actio mandati contraria durch die Worte directo agi umſchrieben haben würde.

Dieſe Auffaſſung würde nun zunächſt zu dem Reſultate führen, daß als Geſellſchafter nicht der filius vel extraneus, ſondern der pater anzuſehen ſei. Gerade dies aber würde dem beſtimmten Sprachgebrauch der Quellen widerſtreiten, welche unter dem coire societatem nicht blos den Abſchluß des Societätsvertrages, ſondern den ganzen Zuſtand des Societätsverhältniſſes zu verſtehen pflegen, ſo daß Derjenige, welcher societatem coit, auch Socius iſt; z. B.

l. 18 D. pro socio: Si servus societatem coïerit non sufficiet, si iubeatur a domino servus abire a societate, sed servo renuntiandum est.

Es iſt bereits von Köppen hervorgehoben worden, daß die Bezeichnungen der obligatoriſchen Verträge nicht blos das Factum des Vertragsabſchluſſes, ſondern auch das Stehen unter den Wirkungen eines Vertrages ausdrücken. Soll letzteres ausgeſchloſſen und die Bedeutung der Worte lediglich auf den Abſchluß des Vertrages beſchränkt werden, dann iſt hiezu ein zugefügtes nomine alicuius contrahere nothwendig. So iſt denn auch im vorliegenden Fall der filius und extraneus der im Vertragsverhältniſſe ſtehende; er iſt Socius und nicht der Jubent und darum kann auch die gegen letzteren gerichtete Klage nicht actio pro socio ſein. Was nun aber die Klage gegen den Vater betrifft, ſo iſt ſie die alte civilrechtliche Klage aus dem Juſſus, auf welche uns insbeſondere Pernice neuerdings aufmerkſam gemacht hat.[68])

2. Weiter beruft Hellmann ſich auf l. 63 pr D. de C. E. 18, 1.

Cum servo dominus rem vendere certae personae iusserit, si alii vendidisset quam cui iussus erat, venditio non valet. Idem iuris est in libera persona, cum perfici venditio non potuit in eius persona, cui dominus venire eam noluit.

Hieraus folgert Hellmann S. 52, 53 per argumentum a contrario: Schließt alſo Jemand Namens eines Dritten einen Vertrag ohne Irrthum ab, ſo bindet dieſer den Dritten.

Es iſt aber hiegegen hervorzuheben, was Hellmann ſelbſt ſich eingewendet hat, daß venditio in den Quellen äußerſt häufig nicht den

[68]) Labeo I. S. 511, welchen Hellmann nicht hätte überſehen ſollen.

Kaufvertrag, ſondern die dingliche Veräußerung bezeichnet[81]), welche hier natürlich wegen mangelnder Dispoſitionsbefugniß des Veräußerers nicht zur Wirkung gelangen kann.

Und in demſelben Sinne wird denn auch das perficere venditionem gebraucht, welches oft nicht blos das Zuſtandekommen, ſondern auch die Erfüllung, den Vollzug des Kaufes bezeichnet, cf l. 8. D. de resc. vend. 18, 5:

quaesitum est an cognito eo priusquam emtio perficeretur, a venditione discedere possit. .

Es ſteht alſo gar nichts im Wege, die Stelle blos auf die dingliche Wirkung des Geſchäfts zu beziehen, wodurch ſie für Hellmann alle Beweiskraft verliert.

Ein weiteres Argument ſoll ſich ergeben aus

l. 67 D. de proc. 3, 3 (Pap. lib. 2 resp.)

Procurator qui pro evictione praediorum quae vendidit fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio non levabitur; nam procurator qui pro domino vinculum obligationis suscepit onus eius frustra recusat.

Wenn Hellmann S. 59 darin einen Beweis dafür finden will, daß man in der Haftung des Procurator etwas ganz Außerordentliches und Erwähnenswerthes geſehen habe, ſo iſt dieſes Argument von vornherein ſehr ſchwach. Zudem finden wir Stellen genug, in denen dieſe Haftung als ganz ſelbſtverſtändlich vorausgeſetzt wurde (l. 49 D. mand l. 66 § 3 D. de evict. Daß alſo deswegen, weil ein Procurator, wie es hier heißt, aus der Evictionsſtipulation haftet, er aus dem einfachen Kauf nicht gehaftet hätte, iſt ganz unbeweiſend; man könnte ebenſo gut, wenn es irgendwo heißt, ein Käufer hafte aus der stipulatio duplae für Eviction, annehmen, daß er ohne ſolche nicht gehaftet haben würde.

Ebenſo iſt unhaltbar Hellmann's Berufung auf l. 9 § 1 C 4, 5.

Citra mandatum autem ab alio re distracta dominus evicta re vel ob praecedens vitium satis emtori faciens non indebitum praetendere potest, sed per huiusmodi factum ratum contractum habuisse probans a se debitum ostendit solutum

Die Stelle beweiſt durchaus nicht, wie Hellmann (S. 60) will,

[81]) z. B. l 7 § 6, l 14 D p. emt. 41, 4, l. 2 D de eo qd. fals. tut. ſowie emere in der Bedeutung von erwerben . 4 D. de auct et cons. l. 25 § 2 D. de usur. u. a.

daß der Dominus, weil er nicht rückfordern kann, nun als Schuldner aus jenem Verkaufsvertrag zu denken iſt; man kann auch zahlen, was man nicht ſchuldig iſt. Dann bedeuten die Worte ratum habuisse contractum natürlich nicht die juriſtiſche Ratihabition, welche den Dominus zum Schuldner macht, ſondern ſie drücken nur die ſelbſtverſtändliche Vorausſetzung aus, daß der Dominus in Kenntniß und Billigung des Geſchehenen gezahlt habe, wodurch er eben von der condictio indebiti ausgeſchloſſen erſcheint. Uebrigens ſtünde auch dem nichts entgegen, daß man an die Haftung des Dominus mit der actio quasi institoria dächte, obgleich ich die erſte Auslegung vorziehen würde.

Auf l. 7 § 3 C. 4, 26 legt Hellmann S. 61 ſelbſt kein beſonderes Gewicht; ſie beweiſt in der That nichts, und hiemit wäre denn die Reihe jener von Hellmann für das Princip der Zuläſſigkeit der Stellvertretung im römiſchen Recht angeführten Stellen erſchöpft, welche ſich auf civile Rechtsgeſchäfte beziehen, und wir glauben nicht, daß dieſe Stellen geeignet waren, uns die bereits aus andern Quellenausſprüchen gewonnene Ueberzeugung von der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung im römiſchen Recht zu benehmen.

Die weiteren von Hellmann angeführten Stellen beziehen ſich nicht auf das civile Recht und ſie werden im Verlaufe dieſer hiſtoriſchen Darſtellung an jenen Punkten angeführt und beſprochen werden, an welche ſie der Rechtsentwicklung nach gehören.

§ 5.

Die directe Stellvertretung in der Veräußerung und dem Erwerb von Sachen nach ius gentium, insbeſondere im Beſitzerwerb.

Während in den civilen, auf Erwerb oder Veräußerung von Sachenrechten gerichteten Rechtsgeſchäften (mancipatio, in jure cessio) Stellvertretung völlig ausgeſchloſſen war, war dieſelbe nach claſſiſchem Rechte vollkommen zuläſſig in der formloſen Veräußerung oder Erwerbung dinglicher Rechte durch Tradition, Specification, Occupation u. ſ. f. In dieſer Thatſache, welche eines Beweiſes wohl nicht bedarf, liegt ein neuer Beweis, daß nicht ein innerer Antagonismus des römiſchen Rechts gegen jegliche Stellvertretung, ſondern nur die in dem Charakter der civilen Rechtsgeſchäfte liegende äußere Schwierigkeit die unbeſchränkte Anerkennung dieſes Rechtsinſtituts verhindert hat.

Bis in die jüngſte Zeit herrſchte darüber kein Zweifel, daß obiger Satz insbeſondere auch beim Beſitzerwerb gelte. Erſt in neueſter Zeit

hat Schloßmann in ſeiner Schrift „Der Beſitzerwerb durch Dritte nach römiſchem und heutigem Recht“ (Leipzig 1881) den Zweifel auch an dieſe Lehre herangetragen, indem er den gewöhnlich zum Belege jenes Satzes angeführten Quellenſtellen eine Reihe von Quellenausſprüchen entgegenſtellt, in welchen mehr oder minder deutlich das Princip zu finden ſein ſoll, daß das römiſche Recht auch im Beſitzerwerb directe Stellvertretung nicht anerkenne. Daran anknüpfend hat Schloßmann eine eigenthümliche Theorie über die Zuläſſigkeit des Beſitzerwerbes durch den Procurator aufgeſtellt.

Daß außer den Stellen, in welchen eine Mittelsperſon dem Vertretenen Eigenthum und Beſitz direct erwirbt, in den Quellen noch eine Reihe von Aeußerungen vorfindlich iſt, wonach dieſer unmittelbare Beſitzerwerb nicht ſtatthat, vielmehr Beſitz und Eigenthum zunächſt dem Vertreter und erſt durch ſeine Tradition dem Vertretenen erworben wird, das iſt nicht neu und man hat ſich bisher dieſe Discrepanz, deren man ſich wohl bewußt war, dadurch aufzuklären geſucht, daß in den letztangeführten Stellen eben keine wahre Stellvertretung vorausgeſetzt ſei, ſondern der Vertreter hier blos als Erſatzmann, wie Ihering es genannt hat, fungirt habe. Dabei konnte man ſich auf die Wahrnehmung berufen, daß in den einen unmittelbaren Beſitzerwerb ſtatuirenden Stellen der Vertreter regelmäßig Procurator genannt werde, in welchem Ausdruck man die techniſche Bezeichnung unſeres heutigen Stellvertreters erblickte, während ſich derſelbe in den Stellen der entgegengeſetzten Richtung nicht vorfindet.[65]) Gerade gegen dieſe Erklärungsweiſe hat ſich Schloßmann mit Entſchiedenheit gewendet, indem er ihr vorhält, man könne doch in dem Worte Procurator die Bezeichnung für den Stellvertreter nur dann erblicken, „wenn man vorher, ohne einen Beweis dafür zu haben, in den ihn enthaltenden Stellen den Eintritt des directen Erwerbs für den Principal ſich daraus erklärt hatte, daß die Mittelsperſon im Namen des Principals, alſo im Sinne des üblichen Sprachgebrauches als Stellvertreter gehandelt habe.“

Schloßmann wirft hiemit dieſer Erklärungsweiſe eine petitio principii vor und beſtreitet ihr das Recht, in dem Procurator unſeren heutigen Stellvertreter zu erblicken. Schloßmann ſelbſt klärt dieſen Widerſpruch dahin auf, daß er die Bezeichnung Procurator hier in einem

[65]) Brinz, Pand. I. S. 67 (I. Aufl.). Amann über den Begriff des Procurator und des Mandatarius nach römiſchem Rechte (Heidelberg 1879). Bekker, Beſitz S. 206.

ganz ſpecifiſchen Sinne faßt. Er behauptet und ſucht in längerer Ausführung zu beweiſen, die Römer hätten einen weitern und einen engeren Begriff des Procurator beſeſſen; in dieſem engeren Sinne bedeute Procurator den procurator omnium bonorum: aber einen procurator omnium bonorum nicht im juriſtiſchen Sinne, nicht einen Generalbevollmächtigten, ſondern einen ganz unbevollmächtigten Vertrauensmann, ein Factotum und dieſer ſei auch gemeint, wenn die Römer vom Procurator ſchlechtweg ſprechen Dieſer procurator omnium bonorum nun habe im römiſchen Verkehrsleben eine ſo hervorragende Rolle geſpielt, daß für ihn ſich insbeſondere beim Beſitzerwerb der ganz ſinguläre Satz entwickelt habe, daß er dem Dominus Beſitz verſchaffen könne, während im Uebrigen der allgemeine Satz per liberam personam adquiri non posse auch hier in Geltung geblieben ſei. Somit löſt ſich nach Schloßmann die Antinomie der Quellen dahin, daß in den Beſitzerwerb durch Dritte zulaſſenden Stellen vom Procurator, das iſt von ſeinem Procurator par excellence, dem Vertrauensmann, die Rede ſei, während die entgegenſtehenden Stellen nur von ganz unqualificirten Vertretern ſprächen, für welche die allgemeine Regel in Kraft bleibe, daß durch eine libera persona nichts, insbeſondere auch nicht Beſitz erworben werden könne.

Um Schloßmann's Ausführungen zu würdigen, iſt es nothwendig, ſich vor Allem den vorhandenen Quellenbeſtand zu vergegenwärtigen.

Es ſollen demnach die für und gegen die Zuläſſigkeit der Stellvertretung im Beſitzerwerb ſprechenden Stellen hier nebeneinander geſtellt werden. Die Zuläſſigkeit des Beſitzerwerbs durch Stellvertreter ſprechen im Allgemeinen aus:

1. L. 53 D. de A. R. D. 41, 1.

Ea quae civiliter acquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.

2. L. 20 § 2 D. eod.

Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.

3. L. 1 C. de poss. 7, 32.

. . . per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem — iam pridem receptum est.

4. L. 8 C. eod.

per procuratorem utilitatis causa possessionem, et, si proprietas ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit.

5. L. 49 § 2 D. de poss. 41, 2.

Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur — tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur: sed per actionem mandati ea cedere cogitur. [66])

6. § 5 J. per quas pers. 2, 9.

. . . . per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus verum etiam ignorantibus nobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem.

7. L. 1 § 20 D. poss. 41, 2.

per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur.

8. L. 41, D. usuc. 41, 3.

Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendat, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos jam fere conveniat, nihilo magis eam in possessionem meam redisse usuque capi posse existimandum est . . . .

9. Paul. R. S. V. 2 § 2.

Si emtam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, non usucapiam.

10. L. 13 D. don. 39, 5.

Nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit ut mihi acquirat . . . . mihi acquirit.

---

[66]) Man könnte verſucht ſein, in dieſer Stelle auch einen neuen Beweis für die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung im Kaufvertrag zu finden, da der Procurator dem Dominus die Kaufklage nicht erwirbt, obwohl er ihm den Beſitz erwirbt Doch wäre dieſer Beweis nicht ſtringent, da, wie mit Recht gegen Jhering (a. a. O. I. S. 325) von der herrſchenden Meinung (vgl Buchta kleinere Schriften N. 32, Pand. § 148, Scheurl Beiträge S. 213 flg., Erner Tradition S. 139 Not 46) angenommen wird, der Beſitz und das Eigenthum dem Vertretenen auch erworben wird, wenn der Tradent vom Vertretungsverhältniß nichts weiß, ſomit hier die Möglichkeit offen bleibt, daß der Procurator als eigentlicher Erſatzmann gehandelt hatte (obwohl für ſolche Fälle der Ausdruck Procurator nicht gebraucht zu werden pflegt).

11. L. 42 § 1 D. de A. v. A. P. 41, 2.

Procurator si quidem mandante domino rem emerit protinus illi acquirit possessionem; quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emtionem.

12. L. 13, D. de A. R. D. 41, 1.

Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur etiam ignoranti.

In zwölf Stellen alſo iſt freier Beſitzerwerb durch den Procurator zugelaſſen; in zehn Stellen heißt der Stellvertreter ſchlankweg Procurator.

Dagegen ſtehen folgende Stellen, welche von Schloßmann zum Beweiſe dafür angeführt werden, daß Stellvertretung im Beſitzerwerb nicht zuläſſig geweſen ſei:

a) L. 59, D. de A. R. D. 41, 1.

Res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.

b) l. 2 C. de bis qui a non dom. 7, 10.

Felicissima, quam mandante te servos emisse dicis, si dominium servi quem manumisit nondum in te transtulerat, frustra petis ut denegata libertate eius, quem manumissum dicis, possessio tibi tradatur.

c) l. 135 § 2 D. de V. O. 45, 1.

Seia cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam.

d) l. 13, § 2, D. de usuc. 41, 3.

Si mandavero tibi ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis.

e) l. 7 § 2 D. p. emt. 41, 4.

Servus meus Titio mandavit ut fundum ei emeret, eique manumisso Titius possessionem tradidit, quaesitum est, an longa possessione caperet: respondit . . . capere.

f) l. 74, D. pro soc. 17, 2.

Si quis societatem contraxerit quod emit ipsius fit, non commune.

g) l. 3 § 1 D. qui pot. 20, 4.

Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum deberetur, priusquam ei possessio traderetur,

id pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit.

h) l. 8 § 10 D. mand. 17, 1.

Proinde si tibi mandavi ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas . . . sed etsi restituas, et tradere debes.

i) l. 3 § 7 D. de itin. 43, 19.

Si quis ex mandatu meo fundum emerit, aequissimum est, mihi hoc interdictum dari, „ut ille usus est, qui mandatu meo emit".

k) l. 2 C. si quis alteri 4, 50.

Si emancipatis vobis fundos, quos nomine vestro, cum in potestate ageretis, pater emerat, tradidit, vel in potestate eorum voluntate patris fuistis, dominium acquisistis.

l) l. 5 pr. D. don. int. 24, 1.

Si sponsus sponsae donaturus tradiderit Titio, ut is sponsae daret, deinde Titius tradiderit post nuptias secutas, si quidem eum interposuerit maritus, donationem non valere, quae post contractas nuptias perficiatur; si vero mulier eum interposuerit, iam dudum perfectam donationem, hoc est ante nuptias atque ideo quamvis nuptiis secutis Titius tradiderit, donationem valere.

Auf demſelben Standpunkt ſtehen ferner die von Schloßmann noch für ſich angeführten l 30 § 4 D. leg. III 32 und l. 12 D. si quid in fraud. pat. 38, 5.

Ferner führt Schloßmann für ſich an die

l. 34 § 7 D. de sol. 46, 3. (Jul. lib. 13 Dig.)

Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare, donaturus ei, quamvis Titius ea mente nummos accepit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur. Sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fient.

Was zunächſt dieſe letzte Stelle betrifft, ſo wird dieſelbe von Schloßmann (S. 81) dahin aufgefaßt, es werde auch hier der Beſitzerwerb durch den Titius als Stellvertreter abgelehnt; darum könne der Gläubiger ſich nicht durch einfache Ratihabition des von Titius vollzogenen Beſitzerwerbs in den Beſitz des Geldes ſetzen, ſondern es bedürfe dazu einer

neuen Tradition, welche die Stelle auch wirklich erwähne. Die ſofort ſich erhebende Frage, was es denn in der Zwiſchenzeit mit dem Beſitz und und Eigenthum am Geld für eine Bewandniß habe, beantwortet Schloßmann dahin, daß dieſelben mittlerweile dem Titius zugeſchrieben werden. Demnach beweiſe auch dieſe Stelle, daß man nicht beliebig durch jeden Dritten Beſitz erwerben könne.

Dieſe Interpretation iſt jedoch m. E. völlig verfehlt. Schloßmann hat wohl ſelbſt die große Anomalie empfunden, die darin liegt, daß Julian dem Titius, der doch nicht den mindeſten animus possidendi hat, den Beſitz und demgemäß das Eigenthum an den gezahlten Geldſtücken zuſchreibt. Dennoch meint Schloßmann, dies ſei beim Beſitzerwerb durch Dritte ganz regelmäßig ſo gehalten worden; man habe dem Stellvertreter von Rechtswegen eigenen Beſitz zugeſchrieben. Wie gut dies zu der römiſchen Beſitzlehre ſtimmt, welchen Grad von Authenticität Schloßmann's Hypotheſe des unbewußten Beſitzes beanſpruchen darf, wird durch eine einzige Quellenſtelle klar:

l. 1 § 20 D. poss. 41, 2.

Alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habet animum possidentis, neque is qui tradidit, quoniam cesserit possessionem.

Dasjenige, was Schloßmann für den Beſitzerwerb durch Dritte als angebliche Regel des römiſchen Rechts proclamirt, wird hier wegen der darin liegenden Abſurdität abgelehnt. Hienach würde wohl eine weitere Widerlegung der Schloßmann'ſchen Interpretation der l. 34 § 7 D. sol. nicht nothwendig ſein; nur zum Ueberfluß ſei bemerkt, daß, wenn ſchon obige Anomalie von den Römern acceptirt worden wäre, dieſer mit den Grundſätzen über Beſitz in ſo flagrantem Widerſpruch ſtehende Satz von ihnen deutlich hätte ausgeſprochen werden müſſen. So lange das nicht geſchieht, wird man wohl thun, bei der Regel zu bleiben. In l. 34 § 7 cit. wäre noch dazu nach Schloßmann's Auslegung die Ausdrucksweiſe des Julian eine ganz beſonders ſchlechte: Dasjenige, was auffallend wäre, den Beſitz- und Eigenthumserwerb des Titius, der nicht beſitzen will, hätte Julian verſchwiegen, und uns dafür die merkwürdige Mittheilung gemacht, daß, wenn Titius als Eigenthümer einem andern trabirt, dieſer nun auch wirklich Eigenthümer wird.

Die richtige Erklärung der Stelle ist vielmehr folgende:

A gibt seinem Schuldner B den Auftrag, dem Titius C, dem er die Schuldsumme schenken will, zu zahlen. B befolgt den Auftrag und Titius nimmt das Geld entgegen, ohne von der Schenkungsabsicht des A zu wissen, und in der Absicht, es für ihn zu erwerben. Da B beauftragt war, an C zu zahlen, wird er trotz dieses Mißverständnisses liberirt. Ueber die Eigenthumsfrage aber spricht sich Julian nicht mit Deutlichkeit aus, er läßt nur schließlich, indem er sich von dem Falle abwendet, die Bemerkung fallen: Wenn aber Titius später einmal dasselbe Geld dem Gläubiger gibt, so erwirbt dieser das Eigenthum. Was aber mittlerweile mit dem Eigenthum geschehen ist, darüber äußert sich Julian des Näheren nicht.

Wir müssen uns also nach allgemeinen Grundsätzen klar werden, welche sachenrechtliche Folgen jene verunglückte Tradition nach sich zieht.

Vor Allem beweist die Liberation des Schuldners nicht, daß Titius Eigenthümer des gezahlten Geldes geworden ist. Denn anerkanntermaßen genügt es zur Liberation des Schuldners bereits, wenn er die Schuldsumme mit Willen des Gläubigers in dessen Sinne verwendet, so daß sie ihm selbst verloren geht. [67])

Gerade dies ist aber im vorliegenden Falle geschehen. Debitor ist ipso iure noch Eigenthümer des Geldes, das Eigenthum ist ihm trotz der Negotiorum Gestio des Titius wegen mangelnder Ratihabition noch nicht vollständig abhanden gekommen. Dennoch ist das Geld factisch für ihn verloren; es kann ihm gegen den Willen des Gläubigers nie mehr zu Gute kommen. Wir wollen, um dies nachzuweisen, annehmen, Debitor habe jenen Dissens nachträglich entdeckt, und wolle sich sein Eigenthumsrecht zu Nutze machen.

Nun sind zwei Fälle denkbar:

a) Debitor vindicirt von Titius unter Angabe des Sachverhalts; dann wird dieser die rei vindicatio mit exceptio doli zurückweisen und sich im Besitz des Geldes erhalten [68]), oder

b) Debitor geräth mit oder ohne Willen des Titius wieder in den Besitz des Geldes. Auch dann ist er nicht sicher. Denn da Titius

[67]) Vgl z. B. l. 26 pr D. don. int. 24, 1; auch Ihering in Jahrb. für Dogm. II. S. 136—7.

[68]) Selbst gegen den Gläubiger, der ihn beschenken wollte, könnte Titius von der exceptio doli Gebrauch machen; arg. l. 18 D de R. C. 12, 1, l. 25 D. don. 39, 5.

ſeinerzeit den Beſitz als Negotiorum Geſtor des Creditor erlangt hat, da ferner jede ſtellvertretende Negotiorum Geſtio ratihabirt werden kann, und da eine ſolche Ratihabition rückwirkende Kraft beſitzt [69]), kann Creditor durch einfache Rat habition der Negotiorum Geſtio des Titius bewirken, daß der Beſitzerwerb bei jener Tradition als in ſeinem Namen erfolgt angeſehen werden muß, ſomit die Tradition ex post convalescirt, das Eigenthum des Creditor an jenem Gelde nach rückwärts hin erliſcht, und Creditor nun ſowohl gegen Debitor als gegen jeden Dritten die rei vindicatio, reſpective nach erfolgter Conſumtion die condictio sine causa mit Erfolg anſtellen kann.

Dieſe Möglichkeit für den Creditor, ſich durch einfache Ratihabition in den Beſitz des Geldes zu ſetzen, wird auch dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß Debitor das Geld dem Titius zu Eigenthum übergeben wollte. Denn bekanntlich iſt die Willensrichtung des Tradenten für die Perſon des Erwerbers nur dort entſcheidend, wo derſelbe gerade nur einer beſtimmten Perſon Eigenthum verſchaffen will [70]); wo aber, wie hier, dem Tradenten die Perſon des Erwerbers offenbar gleichgiltig iſt, kann der Erwerber das Eigenthum auch einem Dritten durch Stellvertretung zuwenden.

Nach dem Geſagten iſt l. 34 § 7 D. sol. mit allgemeinen Grundſätzen ſehr wohl zu vereinbaren. Entweder wußte Creditor bei der in der Stelle erwähnten zweiten Tradition, daß Titius nur als Negotiorum Geſtor gehandelt habe; dann lag in dieſer Tradition bereits die Ratihabition, welche ihm das Eigenthum verſchaffte; oder er wußte es nicht, ſo enthielt die zweite Tradition doch ſeinen Willen, Eigenthümer des Geldes zu werden, alſo gerade dasjenige, was der Negotiorum Geſtio des Titius volle Wirkſamkeit verſchaffte. In beiden Fällen iſt die Stelle mit den hergebrachten Anſchauungen vollkommen im Einklang.

Was ferner, um auf Schloßmann's weitere Beweisſtellen zurückzukommen, die l. 5 D. don. int 24, 1 betrifft, ſcheint mir die Interpretation, die Schloßmann (S. 7) von derſelben gibt, durchaus nicht nothwendig. Schloßmann verwahrt ſich gegen die ſo naheliegende Auffaſſung, daß die Schenkung im zweiten Fall der Stelle deswegen für giltig gehalten werde, weil die Frau durch Uebergabe an ihren Mandatar ſchon längſt vor Eingehung der Ehe Eigenthümerin geworden ſei. Sein

[69]) vgl. unten § 29 sub III.

[70]) vgl. ſtatt aller Bremer in Linde's Zeitſchr XX. S 53 flg. und unten § 16 sub I.

Argument dagegen iſt, daß ſonſt der Zuſatz „quamvis secutis nuptiis Titius tradiderit“ müſſig, ja ſogar zweideutig ſein würde. Dies iſt aber nicht einzuſehen, im Gegentheil iſt dieſe Bemerkung des Juriſten ſehr natürlich. Ulpian hatte vorausgeſetzt, daß eine Schenkung unter Brautleuten durch eine interposita persona zur Vollziehung gelangen ſollte; nun trat der Fall ein, daß dieſe Zwiſchenperſon erſt nach Abſchluß der Ehe der beſchenkten Frau tradirte Wenn nun Ulpian die Schenkung doch für giltig erklärte für den Fall, daß die Zwiſchenperſon von der Braut aufgeſtellt worden war, und zwar aus dem Grunde, weil die Schenkung dann noch während des Brautſtandes perfect geworden war, was lag näher, als hervorzuheben, daß die zweite Tradition (von der Mittelsperſon an die Frau) der Giltigkeit der erſten Tradition (vom Mann an die Mittelsperſon) nichts verſchlagen könne, weil ſie ja nur als eine Uebergabe der Detention, nicht als Uebergabe des Eigenthums anzuſehen ſei. Gerade weil Ulpian vor dem Mißverſtändniß warnen wollte, als wäre die zweite Tradition Eigenthumstradition und deshalb ungiltig, iſt der beanſtändete Satz ſehr begründet, und ſomit die Stelle zu einem Argument gegen die herrſchende Lehre nicht zu verwenden.

Was die citirte l. 2 C 4, 50 (sub lit. *k* betrifft, ſo ſollte es ſchon deswegen klar ſein, daß dieſelbe zu einem Argument gegen die herrſchende Lehre nicht zu verwenden iſt, weil ja die Söhne zur Zeit des Kaufes noch in der Poteſtas des Vaters ſtanden.

Ebenſo unbeweiſend iſt ferner l. 74 D. pro soc. 17, 2 (lit. *f*), weil dieſe Stelle wohl nur ausſprechen will, daß nicht Alles, was ein Geſellſchafter erwirbt, eo ipso Gemeineigenthum ſämmtlicher Geſellſchaften wird, ohne daß ſie deswegen einen ſpeciellen Erwerb durch ſpeciellen Vertretungswillen ausſchließen will. Der Gedanke aber, welcher dieſe Stelle ablehnen zu müſſen glaubt, lag bei einem Geſellſchaftsverhältniß allerdings ſehr nahe; ſo galt z. B. bei der societas omnium bonorum der Rechtsſatz, daß alle Güter auch ohne beſondere Tradition gemeinſam werden ſollten (l. 1 § 1 D. ht. sqq.) So ſehen wir auch beim Societätsvertrag die Idee auftauchen, daß ein Geſellſchafter für die Verpflichtungen des andern ſchon aus dem Geſellſchaftsverhältniß haften müſſe, welcher Gedanke ausdrücklich abgelehnt werden mußte, l. 82 D. h. t.: Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur; was lag näher, als ſich auch gegen die Annahme, als würde ein Socius ein nothwendiges Erwerbsinſtrument der Geſellſchaft, feierlich zu verwahren?

Was die übrigen Stellen, mit Ausnahme von l. 59 D. de A. R. D. betrifft, so handeln sie, dies muß zunächst auffallen, fast sämmtlich von res mancipi. Es ist zwar nirgends von mancipatio mehr die Rede, dessenungeachtet kann es sehr wohl sein, daß entweder die Compilatoren hier Aenderungen vorgenommen oder auch die Juristen dieselbe als selbstverständlich subintelligirt haben. In zwei Stellen übrigens ist sie selbst aus der uns vorliegenden Fassung noch deutlich als geschehen zu erkennen, nämlich in l. 2 C. 7, 10 und in l. 135 § 2 D. de V. O. 45, 1, indem es in der ersten Stelle heißt si dominium nondum ad te transtulerat, und in der zweiten von einem proprietatem transferre die Rede ist, welche Ausdrücke bei res mancipi wohl nicht vom bloßen bonitarischen Eigenthum verstanden werden können. Wenn man die praktische Bedeutung, die die Mancipation nach den uns erhaltenen Kaufsinstrumenten noch besaß, erwägt, so wird man sich wohl eher zu der Annahme entschließen können, daß sie in sämmtlichen Stellen, so gut wie in l. 2 C. 7, 10 und l. 135 § 2 D. de V. O. citt. subintelligirt ist, als zu der Meinung, daß unter dieser großen Anzahl von Eigenthumsübertragungen zufällig keine einzige quiritarische gewesen sei. Zwar hat schon Jhering, der gelegentlich selbst die Möglichkeit dieses Standpunktes hervorgehoben hat, gegen denselben eingewendet, daß dann die Stellen im Zusammenhange der Justinianeischen Compilation doch noch zu erklären blieben; diesen Einwurf hat aber Jhering nur anläßlich einer dogmatischen Besprechung jener Stellen, und da allerdings mit vollem Rechte erhoben, während die historische Untersuchung immer berechtigt und verpflichtet ist, jede Stelle so aufzufassen, wie ihr Urheber sie gedacht haben muß. Nimmt man aber Mancipation in jenen Stellen einmal als vorhanden an, dann ist es selbstverständlich, daß der Commissionär, dem die für fremde Rechnung angeschaffte res mancipi in's quiritarische Eigenthum übertragen werden mußte, auch den Besitz derselben erlangte, da gar kein Grund für den Veräußerer vorlag, ihm zwar im eigenen Namen das Eigenthum, den Besitz jedoch im fremden Namen zu übertragen.

Dessenungeachtet möchte ich diesen Standpunkt zwar gewahrt, ihn aber nicht allzu sehr urgirt haben Denn obwohl er übereinstimmend fast allen Schloßmann'schen Stellen gegenüber eingenommen werden könnte, ist es denn doch auch möglich, daß wenigstens in einigen dieser Stellen Mancipation wirklich nicht supponirt worden sei; erweisen wenigstens läßt sie sich nur bei zweien, und so wäre diese Vertheidigung weder sicher noch beruhigend. Wir müssen daher weitere Gesichtspunkte aufsuchen.

Da iſt es denn von jeher bemerkt worden, daß in der Stellenreihe, in welcher die directe Stellvertretung im Beſitzerwerb zugelaſſen wird, regelmäßig der Vertreter als Procurator bezeichnet erſcheint, während in den übrigen Stellen dieſer Ausdruck nicht ein einziges Mal vorkommt. Hieraus und aus der auch ſonſt beobachteten Erſcheinung, daß Procurator regelmäßig eine Perſon bezeichnet, welche auf fremden Namen und mit offener Vollmacht handelt, glaubte man ſchließen zu können, daß es ſich in den erſteren Stellen um wahre Stellvertretung handle, während die übrigen jene Intervention in fremdem Intereſſe im Auge haben ſollten, welche man gewöhnlich als Handeln als Erſatzmann bezeichnet. Gerade hieran knüpft Schloßmann den gegen die herrſchende Theorie erhobenen Vorwurf, daß ſie ſich bei der Löſung der „Widerſprüche in den Quellen“ einer Unlogik ſchuldig mache, indem ſie eben aus der zu erklärenden Erſcheinung ſelbſt den Erklärungsgrund ablete. Und gerade dieſen Vorwurf muß die herrſchende Lehre Schloßmann zurückgeben. Weder iſt es richtig, daß in den Quellen ein zu löſender Widerſpruch ſich überhaupt befindet, noch iſt die Methode, nach welcher der Begriff des Procurator nach den Quellen beſtimmt zu werden pflegt, eine ungerechtfertigte.

Es iſt kein Widerſpruch in den Quellen vorhanden und man hat bis jetzt noch nie einen ſolchen empfunden. Ein Widerſpruch läge vor, wenn zwei erſichtlich gleiche Thatbeſtände in den Quellen divergent entſchieden wären; nicht liegt er vor, wo ſich verſchiedene Entſcheidungen in den Quellen für ſolche Rechtsfälle finden, deren Thatbeſtand gar nicht näher präciſirt iſt, ſo daß man den ſich gegenüberſtehenden Entſcheidungen gänzlich verſchiedene Subſtrate zu Grunde legen kann. In keiner einzigen von den Stellen, die die Beſitzesſtellvertretung ausſchließen, ſteht, daß die Mittelsperſon als Stellvertreter gehandelt habe; Niemand zwingt uns, dies, und damit einen Widerſpruch in den Quellen anzunehmen. Man kann im Intereſſe eines andern in ſehr verſchiedener Weiſe und mit ſehr verſchiedenen Rechtsfolgen handeln, und ſo lange dies wahr bleibt, ſo lange werden wir, wenn der Eintritt verſchiedener Rechtsfolgen mehrerer Handlungen im fremden Intereſſe conſtatirt iſt, annehmen müſſen, daß eben auf verſchiedene Art gehandelt wurde. Dies iſt eine Methode der Interpretation, welche nicht willkürlich, ſondern die einzig berechtigte iſt. Nicht wir ſind verpflichtet, einen uns nicht erſichtlichen Widerſpruch in den Quellen zu löſen, ſondern erſt muß der behauptete Widerſpruch erwieſen werden. Und bis dies geſchieht,

ſind wir berechtigt, den uns in den Quellen überlieferten Grundſatz freier Stellvertretung im Beſitzerwerb im guten Glauben anzunehmen.

Aber auch die Art und Weiſe, in welcher herkömmlich die Identität des Procurator mit unſerem Stellvertreter aus jenen Stellen hergeleitet wird, iſt eine logiſch vollkommen gegründete. Die weitgehende Scrupuloſität, welche ſich dagegen verwahrt, aus der regelmäßigen Coincidenz des Ausdrucks Procurator mit der freien Stellvertretung den Begriff des Procurator als eines Stellvertreters abzuleiten, würde in letzter Linie zur Ausſchließung jedes Inductionsſchluſſes auf wiſſenſchaftlichem Gebiete führen und vollſtändige Rathloſigkeit überall dort zur Folge haben, wo ein Begriff nicht, was verhältnißmäßig ſelten iſt, einer Legaldefinition unterzogen worden iſt. Wenn ein beſtimmter Erfolg immer unter denſelben Symptomen auftritt, wird man da nicht Anlaß haben, aus dem Vorhandenſein jener Symptome auf das Vorhandenſein jenes Erfolges zu ſchließen, oder das Weſen jener Symptome aus den ſich gleichbleibenden Umſtänden ihres Auftretens zu beurtheilen?[71]) Dieſe Berechtigung hat ſich jede wiſſenſchaftliche Forſchung von jeher angemaßt, und ſo werden auch wir, die wir bei freier Stellvertretung im Beſitzerwerb regelmäßig den Procurator fungiren ſehen, ſchließen können, daß das Weſen ſeiner Function eben ein ſolches iſt, welches danach angethan iſt, directen Beſitzerwerb zu vermitteln, wir werden in ihm mit vollem Rechte einen Stellvertreter des heutigen Rechts erkennen. Und hiefür werden ſich uns im Folgenden auch Quellenbeweiſe ergeben.

Schon unter den angeführten Quellenbelegen gibt es mehrere, welche das Stellvertretungsverhältniß augenſcheinlich zur Grundlage der Entſcheidung machen.

L. 47 D. usuc. 41, 3. si emtam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit . . .

L. 13 D. don. 39, 5 nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit ut mihi adquirat . . .

L. 13 D. de A. R. D. Si procurator rem mihi emerit eique sit tradita meo nomine . . .

während in den von Schloßmann entgegengeſtellten Entſcheidungen ein Handeln auf Namen des Dominus nicht ein einziges Mal angedeutet erſcheint. Iſt da nicht die Annahme ſchon von vornherein wahrſcheinlich, daß alle unſere Stellen Procurator gleichbedeutend mit Stellvertreter nehmen?

[71]) Oder hat vielleicht Schloßmann ſeinen Begriff des procurator auf andere Weiſe erlangt?

Hiezu kommt nun aber noch die ſchwerwiegende
L. 20 § 2 D. de A. R. D. 41, 1.

Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.

Was wollen hier die Worte: eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit beſagen? Offenbar ſind ſie die unerläßliche Vorausſetzung der Entſcheidung. Und dieſe Entſcheidung hängt davon ab, daß dem Titius die Sache *als einem Procurator* übergeben worden ſei. Soll das vielleicht heißen, daß die Sache dem Titius als einem Procurator im *Schloßmann*'ſchen Sinne übergeben worden ſei: „Als ob er das Factotum, der Vertrauensmann ſeines Principals wäre?“ Dieſe Annahme gäbe offenbar keinen Sinn; denn als *Schloßmann*'ſcher Procurator kann man nur Beſitz erwerben, wenn man die ſtändige, bleibende Eigenſchaft einer Vertrauensperſon (*Schloßmann* S. 104 flg.) inne hat; nicht kann man ſich natürlich die Eigenſchaft der Vertrauensperſon ad hoc, für einen einzelnen Rechtserwerb, beilegen. Dieſe *Schloßmann*'ſche Procuratorenqualität alſo iſt habituell, die unſrige iſt actuell. In der vorliegenden Stelle wird aber gerade ein actuelles Auftreten als Procurator, als möglich und als entſcheidend vorausgeſetzt; es heißt nicht: „die Sache wird dem Titius, welcher mein Procurator iſt, übergeben“, ſondern es heißt: „die Sache wird dem Titius, welcher bei dieſem Act als mein Procurator auftritt, übergeben.“ Und hierin liegt der beſte Beweis dafür, daß unſere Auffaſſung des Procuratorenbegriffes die richtige iſt.[72])

Und was kann *Schloßmann* für ſeine Anſicht anführen? Daß der Begriff des Procurator in den Quellen ein äußerſt vager iſt, daß das Wort verſchiedene Bedeutungen haben kann, und daß unter dieſen auch die von *Schloßmann* ſo hervorgehobene ſich befindet[73]), — dies ſoll *Schloßmann* bereitwilligſt zugeſtanden werden. Das gibt aber

[72]) Vgl. *Schloßmann* ſelbſt S. 98 Not 2. Die Art und Weiſe, wie *Schloßmann* hier das offenbar in einem juriſtiſchen Sinne gebrauchte quasi procurator in l. 49 D. mand. auf ſeinen Procurator bezieht und überſetzt, „obwohl er ſo verkauft hatte, wie unſere Verwalter es zu thun pflegen“, iſt gewiß nicht anſprechend.

[73]) Eine — in W. von *Schloßmann* überſehene — intereſſante Anwendung ſeines Procuratorenbegriffes iſt die bei *Gajus* l. 19 Justa causa manumissionis est . . si quis . . servum procuratoris habendi gratia . manumittat.

Schloßmann noch lange nicht das Recht, die ausdrücklich gegebene Definition des Juriſten in l. 1 D. de proc. 3, 3

> .... procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus .... verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus est

zu ignoriren. Denn wenn irgend Jemand, ſo muß doch vor Allem ein römiſcher Juriſt gewußt haben[74]), was man ſich unter einem Procurator dachte und was man ſich darunter nicht dachte, und Ulpian wäre, um mit Schloßmann (S. 15) zu reden, ein Stümper, wenn er, der den Beſitzerwerb durch den Procurator unbedingt zuläßt (l. 42 § 1, l. 34 D. de poss. 41, 2, l. 14 § 17 D. de furt., l. 13 D. de don. 39, 5), den Procurator in ganz officieller Art in einer Weiſe definirte, welche ſeinem eigenen Sprachgebrauch, ſowie dem aller zeitgenöſſiſchen Juriſten in Bezug auf den Procurator beim Beſitzerwerb völlig widerſpräche. Es muß daher entſchieden in Abrede geſtellt werden, daß Schloßmann's Procurator eine juriſtiſche Bedeutung gehabt hätte; wie käme es ſonſt auch, daß die Quellen derſelben niemals Erwähnung thun? Und daß die Römer ſich hüteten, aus einem ſo vagen Begriff, wie dieſer Procurator iſt, juriſtiſche Conſequenzen zu ziehen, zeigt deutlich die

l. 25 § 3 D. de aed. ed. 21, 1.

wo Neratius von dem Procurator, für deſſen Verſchulden der Käufer nach dem ädilitiſchen Edict einzuſtehen hat, ſagt:

> procuratorem hic accipiendum non quemlibet, sed eum cui negotia ... aut id ipsum ... mandatum est.

Nach Schloßmann's Auffaſſung würde ſich hier das Reſultat ergeben, daß der Dominus durch ſolch einen unbefugten Verwalter zwar den Beſitz erwerben, für ſeine Beſchädigungen jedoch nicht einzuſtehen haben würde.

Und zu welchen Conſequenzen kommt man mit dieſer Zerſtörung des herrſchenden Procuratorenbegriffs? Ich glaube, die beſte Kritik dieſer Richtung wird in den Conſequenzen zu finden ſein, zu welchen ſie mit unausbleiblicher Nothwendigkeit führt. Vor Allem iſt zu bemerken, daß es eine merkwürdige Thatſache wäre, wenn an ein juriſtiſch ganz unbeſtimmtes Verhältniß Conſequenzen von ſo großer rechtlicher Tragweite angeknüpft wurden. Geſetzt, es hätte in einem Eigenthumsproceſſe Jemand beſtritten, daß der Procurator, durch welchen der Kläger Beſitz und

[74]) Vgl. auch Czyhlarz in Grünhut's Zeitſchr X S. 147.

Eigenthum erworben haben wollte, wirklich in jenem „dauernden Verhältniß zum Herrn und ſeinen Angelegenheiten“ [75]) geſtanden war, wie wollte man dies beweiſen? Ein dauerndes Vertrauensverhältniß iſt doch eine Sache von ſo ſubjectivem, innerlichen, ſo wenig durch Thatſachen zu belegenden Charakter, daß man dasſelbe mit Sicherheit gar nicht conſtatiren kann. Schloßmann ſucht zwar den Begriff etwas präciſer zu geſtalten, indem er (S. 104) dieſen Procurator für einen procurator omnium bonorum erklärt; es iſt aber nicht recht abzuſehen, wie ſich hiemit Schloßmann's Angabe, derſelbe habe auch für einzelne Zweige der Verwaltung angeſtellt werden können (S. 104), vertragen ſoll. Durch letztere Aufſtellung zumal verliert die Vorſtellung alle innere Wahrheit; denn wenn man einmal den Beſitzerwerb durch den Verwalter gewiſſer einzelner Vermögensmaſſen zuließ, wo lag dann die Grenze gegen den gewöhnlichen Specialmandatar? Hiemit alſo iſt der Begriff vollſtändig verwiſcht. Ein Rechtsſatz aber, der juriſtiſch gar nicht gehandhabt werden kann, kann auch nie beſtanden haben. Zudem iſt die ungemeine inelegantia iuris nicht zu verkennen, die darin liegt, daß man durch einen allgemeinen Vertreter habe Beſitz erwerben können, während dies durch einen Specialprocurator nicht möglich geweſen wäre. Endlich geräth Schloßmann mit ſeiner Hypotheſe in den eclatanteſten Widerſpruch der Quellen hinein, der vor ihm nicht dageweſen war, daß nach einigen Stellen dieſer Procurator zum Beſitzerwerb Specialmandat haben muß (l. 42 § 1 D. poss. 41, 2, l. 23 D. de N. G. 3, 5), nach anderen aber etiam ignoranti acquiritur possessio (l. 49 § 2 D. poss., l. 34 § 1 eod., l. 47 D. de usuc. 41, 3), eine Stelle endlich (l. 13 pr. D. de A. R. D. 41, 1) dieſe beiden unvereinbaren Rechtsſätze in ſich vereinigt. Dieſer Widerſpruch beſteht natürlich für die herrſchende Lehre nicht, welche in dem Erforderniß des Specialmandats erſt die Ertheilung der Procuratorenqualität erblickt, und das Vorhandenſein des Mandats dann auch in den Beſitzerwerb für den ignorans dominus ſtatuirenden Stellen ſupplirt; während für Schloßmann, der den Procurator, gleichviel ob mit oder ohne Mandat, für befähigt hält, dem Dominus Beſitz zu erwerben, mit dem Erforderniß des Mandats ein ſtörender Zuſatz in die Stellen gebracht iſt, deſſen Erklärung (S. 126 flg.) zu einer Reihe von Willkürlichkeiten führen muß. So kommt Schloßmann zu der Theſis, daß vor Severus, welcher die Möglichkeit des Beſitzerwerbs für den ignorans

[75]) Schloßmann S. 103

dominus geſetzlich feſtgeſtellt habe (l. 1 C. de poss. 7, 32: iam pridem receptum est!) der Procurator dem ignorans dominus gar nicht habe Beſitz erwerben können; die ſofort ſich dagegen erhebende Frage, was es denn in der Zwiſchenzeit mit der dem Procurator bereits übergebenen Sache für eine Bewandtniß gehabt habe, beantwortet er dahin, daß Beſitz und Eigenthum in ſolchen Fällen nothwendig vom Procurator ſelbſt gegen ſeinen Willen erworben worden ſeien, eine Behauptung, die wir ſchon vorhin durch Hinweis auf l. 1 § 20 D. de poss. 41, 2 charakteriſirt haben. (S. oben S. 57.) Der Rechtszuſtand, den Schloßmann hiemit heraufbeſchwört, iſt natürlich ein geradezu abenteuerlicher: Beſitz ohne Willen und Bewußtſein — und dieſer fulminante Bruch in die Regel possessionem acquiri animo et corpore ſollte den Römern nie zum Bewußtſein gekommen ſein! Der bei alledem noch übrig bleibenden Schwierigkeit, daß l. 13 pr. D. de A. R. D., die doch offenbar entweder vor oder nach jener Conſtitution des Severus geſchrieben ſein muß, doch die beiden unvereinbaren Momente: Erforderniß des Mandats und Beſitzerwerb für den ignorans dominus in ſich vereinigt — dieſer Schwierigkeit kann Schloßmann nicht anders mehr begegnen, als indem er ſich zu einer Streichung entſchließt (S. 135). Schließlich bleibt noch unaufgeklärt, daß mehrere Stellen den Beſitzerwerb nicht blos durch den Procurator, ſondern durch jede libera persona zulaſſen, ein Räthſel, welches wahrhaftig nicht gelöſt wird durch die Annahme, es ſei der Ausdruck libera persona in dieſen Fällen nur eine Umſchreibung für Procurator. Nach dem Geſagten wird man nicht geneigt ſein, die wohlgegründete herrſchende Lehre dieſer Theorie zu Liebe zu verlaſſen.[76])

§ 6.

Stellvertretung durch Hingabe auf fremden Namen.

In einigen Fällen läßt das römiſche Recht den Erwerb von Rechten ſchon dadurch zu Stande kommen, daß Jemand eine Vermögensaufopferung mit der Beſtimmung macht, daß dieſelbe einem Dritten zu Gute kommen ſolle. Hier ſind folgende Fälle quellenmäßig überliefert:

1. Es konnte beim Darlehen beſtimmt werden, daß die Darlehens-

[76]) Ueber die intereſſante Anſicht von Brinz (Pand. II. S. 15, 96 flg.), welcher Beſitzerwerb durch den Generalmandatar für das romiſche Recht in Abrede ſtellt, ſoll hier nur auf die treffenden Ausführungen von Zimmermann (ſt v. Neg. gestio S. 90 flg.) verwieſen werden.

valuta nicht an den Geber, ſondern an einen Dritten zurückzuzahlen ſei (l. 2 § 4, l. 9 § 8 D. de R. C. 12, 1, l. 126 § 2 D. de V. O. 45, 1, l. 4 C. si cert. pet. 4, 2).

2. Zahlung einer fremden Schuld war unbedingt möglich (l. 40, l. 53 D. sol. 46, 3).

3. Hingabe eines Dos konnte nicht blos von Aſcendenten zu Gunſten der Deſcendenten, ſondern auch von dritten Perſonen zu Gunſten der Dotalpflichtigen mit der Wirkung erfolgen, daß nunmehr die letzteren die Dotalrechte unmittelbar gegen den Ehemann erwarben.

l. 5 § 2 de ju. dot. 23, 2.

Quod si quis patri donaturus dederit, Marcellus libro sexto Digestorum scripsit, hanc quoque (dotem) a patre profectam esse; et est verum.

Dieſe Fälle[77]), welche mitunter ſelbſt als Erſcheinungen der Stellvertretung ausgegeben werden, ſind zunächſt allerdings nur Verträge zu Gunſten Dritter, deren ausnahmsweiſe Anerkennung mit Recht daraus erklärt wird, daß bei ihnen die Berechtigung zunächſt nicht aus dem Vertrage, ſondern aus der Bereicherung entſtand und der Vertrag nur die Richtung der Rückgabe beſtimmte. Jedoch involvirte die Zulaſſung dieſer Verträge zu Gunſten Dritter allerdings auch die Anerkennung echter Stellvertretung bei den bezeichneten Rechtsgeſchäften, denn wenn ſchon ein Unbevollmächtigter ein Capital zu Gunſten einer dritten Perſon dahingeben konnte, ſo mußte ſelbſtverſtändlich die Hingabe vom eigenen Vermögen des Dominus durch einen bevollmächtigten Stellvertreter umſomehr die Klagrechte für den Erſteren begründen.[78])

Jedenfalls ſind aber dieſe Verträge ein Beweis dafür, daß das römiſche Recht keine principielle Averſion gegen Stellvertretung und Verträge zu Gunſten Dritter hat, und daß daher beſondere Gründe für die regelmäßige Ausſchließung der Stellvertretung daſelbſt geſucht werden müſſen.

[77]) Mehrere andere Verträge zu Gunſten Dritter in den Quellen ſind lediglich ſingulär, wie die der l 8 C. ad exh. 3, 42, l. 13 pr D. de pig. a. 13, 7, l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55; vgl. Vangerow, Pand § 608 und die daſ cit.

[78]) Gegen die Behauptung Jhering's, daß nicht blos bei den genannten ſondern bei allen auf Hingabe beruhenden Verpflichtungsgründen Stellvertretung u. z. ohne Auftrag ſchon im römiſchen Recht möglich geweſen ſei (Jahrb. f Dogm. II. S. 87 flg.) vgl. Zimmermann a. a O. S. 302 flg.

§ 7.

Die Erſcheinungen von Stellvertretung im prätoriſchen Recht.

Unſer Satz, daß es hauptſächlich die Formſtrenge im Abſchluß der Rechtsgeſchäfte war, die der Ausbildung der Stellvertretung im römiſchen Recht ſo große Hinderniſſe in den Weg legte, erhält ſeine Ergänzung dadurch, daß in Rechtsgebieten, wo dieſe Formſtrenge nicht obwaltete, ſich wirklich entſchiedene Erſcheinungen der Stellvertretung zeigen, wie wir dies bereits oben (§ 4) angedeutet hatten.

Dies läßt ſich insbeſondere beim prätoriſchen Recht nachweiſen. Während bei den Rechtsgeſchäften des ius civile eine bedeutende Erweiterung desſelben, ein Abgehen von althergebrachten Grundſätzen nicht gewagt wurde, ſo daß man ſelbſt antiquirte Regeln mit pedantiſcher Aengſtlichkeit feſthalten zu müſſen glaubte, war die Interpretation des Edicts niemals von ſo ſtarren Anſchauungen befangen. Es kam hier nicht ſowohl darauf an, daß ein Rechtsgeſchäft nach der unabänderlichen Regel des ius civile vollzogen ſei, damit Rechtswirkungen eintreten konnten, ſondern es genügte hiezu, daß jene Thatsbeſtandsmomente gegeben waren, an welche der Prätor ſeine Rechtsfolgerung anknüpfte. Ob dies nun unter beſtimmten Vorausſetzungen der Fall ſei, war lediglich eine Frage der Interpretation des prätoriſchen Willens. Fand man daher, daß der Prätor an eine gewiſſe Handlung Rechtsfolgen anknüpfen wollte, auch wenn dieſelbe durch Stellvertreter vorgenommen war, ſo ſtand nichts entgegen, dieſe Folgen eintreten zu laſſen.

Dies iſt nun in der That öfters geſchehen. Die Juriſten finden in der Regel, daß die durch Stellvertreter vorgenommene Handlung unter den Vorausſetzungen des prätoriſchen Edicts ebenſogut enthalten iſt, wie die im eigenen Namen vollzogene. Die ſtändige Formel, mit welcher ſie dieſen Gedanken ausdrücken, iſt eine Fiction: ſie nehmen an, die Handlung des Stellvertreters ſei gleichſam eine vom Dominus vorgenommene. Dies ergibt ſich aus nachfolgenden Quellenſtellen.

Wir führen zunächſt einige Fälle an, welche nicht ſtreng rechtsgeſchäftlicher Natur ſind, ſondern mehr factiſche Handlungen enthalten, an welche ſich jedoch Rechtsfolgen anknüpfen. Solche ſind insbeſondere die Dejection aus dem Beſitz, ſowie der Erwerb des Precario-Beſitzes.

1. Der Prätor ſagte: Unde tu illum vi deiecisti . . ., iudicium dabo (l. 1 pr. D. de vi 43, 16).

Dieſe Vorausſetzung fanden die Juriſten nun auch in folgendem Falle erbracht:

l. 1 § 13 D. h. t. quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum .. agi posse Sabinus ait

l. 1 § 14 eod sed etsi quod alius deiecit, ratum habuero, sunt qui putent .... me uideri deiecisse .... et hoc verum est.

Man könnte vielleicht dieſen Rechtsſatz darauf zurückführen wollen, daß der Anſtifter zu einem Delict als ſolcher haftbar werde, dies verträgt ſich aber nicht damit, daß hier auch Ratihabition der Dejection haftbar machte; Ratihabition eines Delicts als ſolchen iſt aber nicht zuläſſig. Vielmehr iſt es der vitioſe Beſitz, der hier Rechtsfolger erzeugt; und es ergibt ſich, daß die Edictsinterpretation vor Allem dahin führte, das vitium possessionis des Stellvertreters dem Herrn zu imputiren.

2. Ebenſo konnten aber auch die Verpflichtungen des Precariats durch Stellvertreter übernommen werden.

l. 6 § 1 D. de prec.

Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor.

In beiden Stellen tritt in den Wendungen videor deiecisse, precario habere dicor die oben erwähnte Fiction klar hervor. Uebrigens legen dieſe Stellen den Gedanken nahe, daß die Anerkennung des Beſitzerwerbs durch Stellvertreter überhaupt, ebenſo die des Beſitzverluſts und der Veräußerung durch Stellvertreter ſich an der Hand des prätoriſchen Beſitzesinterdicts entwickelt habe; indem man die Vorausſetzungen desſelben auch dann gegeben, reſp. nicht gegeben gefunden haben mag, wenn der Beſitz durch Stellvertreter erworben (reſp. verloren) worden war.

Dieſe Stellen enthalten nun allerdings noch keine eigentlichen Rechtsgeſchäfte, ebenſowenig die

3. l. 1 § 3 D. de O. N. N. 39, 1

Item nunciationem et nostro et alieno nomine facere possumus cf. l. 5 § 18 D. eod.

4. und die l. 3 D. quod vi aut clam 43, 24.

prohibere non utique per semet ipsum necesse est; sed etsi quis per servum suum vel procuratorem prohibuerit, recte videtur prohibuisse;

denn auch die nunciatio operis novi und die prohibitio eines Neubaues haben noch einen vorwiegend thatſächlichen Charakter, man kann

daher in ihnen keine Ausnahme von dem allgemeinen Princip der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung erblicken.

Dagegen ſind wahre ſtellvertretende Rechtsgeſchäfte die folgenden:

1. Die Präpoſition eines Inſtitors

l. 5 § 18 D. de inst. a^{ons}.

Sed etsi procurator meus, vel tutor vel curator institorem praeposuerit, dicendum est veluti a me praeposito dandam institoriam actionem.

In der Anſtellung eines Inſtitors alſo iſt Vertretung zuläſſig [79]); ebenſo aber auch in der Ertheilung eines jussus

---

[79]) Wie iſt es aber zu erklären, wenn l. 6 D eod. hinzufügt: Sed et in ipsum procuratorem, si omnium rerum procurator est, dari debebit institoria? Zunächſt könnte man denken, daß die wörtliche Interpretation des Edicts zu dieſem Satze geführt habe, weil ja der Procurator doch immer ein ſolcher ſei, der institorem praeposuit, gegen den alſo der Prator die Klage gibt. Das verträgt ſich aber nicht damit, daß gegen den Procurator die Klage nur dann gegeben wird, wenn er omnium rerum procurator iſt, von jenem Standpunkte müßte auch ein Specialprocurator mit der institoria haften. Ganz unrichtig iſt die Erklärung von Hellmann (S. 44), welcher dieſen Satz aus der allgemeinen Defenſionspflicht des Procurator ableiten will (l. 33 D. de proc. 3, 3 flg.) Denn die Vorausſetzung für die Defenſionspflicht iſt die, daß ein procurator absentis klagend auftritt; ſo lange er eine Klage nicht anſtellt, iſt er durchaus nicht verpflichtet, eine Vertheidigung des dominus zu übernehmen (ſiehe l. 33 § 3 flg., insbeſondere l. 35 § 2 D. de proc. 3, 3 Vat. fr. § 330, Keller Civ. Proc. § 52, Not. 6, 17). Unhaltbar iſt ferner die Erklärung von Reitz, Pand. R. I S. 295, welcher die Haftung daraus erklärt, daß ja regelmäßig jeder Mandator hinſichtlich deſſen verbunden werde, was er für einen anderen gethan. Denn dies iſt offenbar ein Satz, der nur auf dem Gebiete des römiſchen Civilrechts gilt, wo er die nothwendige Conſequenz der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung bildet, während hier freie Stellvertretung gilt, wie am beſten daraus zu ſehen iſt, daß der Specialprocurator mit der institoria eben nicht haftet. Die richtige Erklärung iſt die: Es iſt äußerſt wünſchenswerth, daß der Procurator, wenn er auch nicht perſönlich aus den Namens des Dominus geſchloſſenen Verträgen haftet, doch zur Erfüllung aus dem Vermögen desſelben, inſoweit er ſolches in Händen hat, verhalten werden könne, wie dies auch als heutiges Recht von manchen Schriftſtellern behauptet wird. Vgl. Glück XV. S. 340—1, gegen ihn aber Thöl, H. R. (5. Aufl.) § 75, Not. 44. Windſcheid, Pand. II. § 313, Not. 4 und die daſ. cit. Entſch. (Neuerlich iſt dieſer Rechtsſatz mit Entſchiedenheit vertreten worden von Seuffert, Arch. VIII. Nr. 354 und in der Entſch. des öſterr. o. G. H. Nr. 223^{A}. Daß derſelbe immerhin praktiſch wünſchenswerth iſt, wird auch anerkannt von Goldſchmid, der Entwurf eines Handelsgeſetzes für die preußiſchen Staaten in der Heidelb. krit. Zeitſchr. IV. S. 140 flg.) Dieſer Satz nun iſt es, welchen l. 6 D. de inst. a. ausſpricht. Für das heutige

2. l. 1 § 9 D. quod iussu 15, 4.

Si curatore adolescentis vel furiosi, vel prodigi iubente cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos quorum servus fuerit; idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem Labeo ait

wobei gleichzeitig aus dem potius hervorgeht, daß regelmäßig der Procurator aus der Ertheilung des iussus nicht haftet, alſo eine wahre Stellvertretung vorliegt.

3. Dasſelbe gilt von der Bewerbung um die bonorum possessio; l. 48 D. 29, 2.

l. 3 § 7 D. de b. p. 37, 1.

acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel per alium

cf. l. 24 D. R. R. A. 46, 8.

Im bisherigen haben wir Stellvertretung nur in einſeitigen prätoriſchen Rechtsgeſchäften gefunden; aber auch in zweiſeitigen, alſo in wahren Verträgen taucht ſie auf dem Gebiet des prätoriſchen Rechts auf.

Allerdings iſt hier nicht zu verkennen, daß die bei den civilen Contracten geltende Regel: quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum faciunt, ſowie der Satz per liberam personam acquiri non potest, ihren Schatten auch auf dieſes Gebiet werfen; es läßt ſich aber beobachten, daß man hier dieſe Regeln nicht ſo ernſt nahm, nicht ſo ſtreng beobachtete, wie im Civilrechte, ſondern, wenn auch nur zögernd und ſtückweiſe, dennoch zur Anerkennung der directen Stellvertretung vorſchritt.

Einen zweifellos ſtellvertretenden Vertrag des prätoriſchen Rechts ſtellt das receptum nautarum dar:

l. 1 § 3 D. nautae. caup. 4, 9.

Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus

Recht aber kann dieſe Entſcheidung nicht adoptirt werden, und iſt Thöl, Windſcheid und Goldſchmidt zuzuſtimmen, wenn ſie einen derartigen Rechtsſatz ablehnen Denn uns iſt der Grundſatz, daß Jemand aus einer fremden Schuld condemnirt werden könne, ganz unbekannt, für das römiſche Recht dagegen war es etwas Alltägliches, daß der Proceßprocurator die a iudicata erdulden mußte; dem analog muß auch in l 6 D. cit. der Procurator die fremde Schuld mit dem kraft ſeiner Stellung ihm zur Verfügung ſtehenden Vermögen des Herrn vertreten.

praeponuntur, ut nauphylakes ..... si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is qui eos huiusmodi officio praeposit, contrahi cum eis permittit...[80])

Hiemit wird anerkannt, daß der Magazineur eines Schiffs den Rheder kraft ſeiner allgemeinen Vollmacht direct verpflichtet: ein unzweifelhafter Fall von Stellvertretung, wie er ſich im römiſchen ius civile nirgends findet.

Beſonders intereſſant iſt das Verhältniß der Stellvertretung zum prätoriſchen constitutum debiti.

Hier wirkt zunächſt der Einfluß der civilrechtlichen Grundſätze noch ſo ſtark, daß regelmäßig die Stellvertretung ausgeſchloſſen iſt.

l. 5 § 6 D. de pec. const. 13, 5.

Julianus libro 11 Digestorum scribit procuratori constitui posse; quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino. § 7. Item tutori pupilli constitui potest et actori municipum et curatori furiosi § 8. Sed et ipsi constituentes tenebuntur.

vgl. l. 39 § 1 i. f. D. de proc. 3, 3 und

l. 6 § 3 D. quod cuiusque univ. nom. 3, 4.

Im Zuſammenhalte dieſer Stellen kann kein Zweifel ſein, daß die römiſchen Juriſten beim Conſtitutum, in Anlehnung an die civilrechtlichen Grundſätze, es nicht wagten, Stellvertretung unbeſchränkt zuzulaſſen. Unendlich willkürlich muß es daher erſcheinen, wenn Hellmann (a. a. O. S. 57) Stellvertretung beim Conſtitutum unbedingt zuläſſig hält auf Grund von

l. 15 D. h. t.

et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimento, quod per liberam personam adquirimus; quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur

denn es iſt offenbar, daß dieſe Stelle nur von einem nuntius ſpricht, wie die unmittelbar vorhergehende

---

[80]) Man könnte zwar geneigt ſein, hierin blos eine Anwendung der objectiviſchen Haftung zu ſehen; doch ſpricht die allgemeine Ausdrucksweiſe der Stelle mehr für eine directe Haftung ex recepto, um ſo mehr, da der bloße nauphylax den exercitor nach dem Edict gar nicht objectiviſch verpflichtete

l. 14 § 3 D. h. t.

constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci; et per nuntium et per nosmet ipsos et quibuscunque verbis.

Andernfalls wäre ein eclatanter Widerſpruch in den Quellen vorhanden. Denn daß man die entgegenſtehende l. 5 § 6 D. h. t. cit. nicht ſo interpretiren kann, wie Hellmann (a. a. O. S. 59) thut: „Der Procurator kann den Gläubiger beim Abſchluß des Conſtitutum erſetzen in der Art, daß die äußere Handlung, die Entgegennahme und Acceptation des ſchuldneriſchen constituere von dem Procurator, nicht von dem Dominus geſchieht," das iſt einerſeits im Hinblick auf die darauffolgenden Worte (l. 5 §§ 7 und 8) und auch deswegen klar, weil man ſich fragen muß, wie der Procurator den Dominus denn anders hätte erſetzen ſollen. So aufgefaßt wäre die Bemerkung des Pomponius denn doch gar zu ſelbſtverſtändlich.

Obgleich alſo beim Conſtitutum im Allgemeinen Stellvertretung unzuläſſig iſt, ergibt ſich hier doch die merkwürdige Ausnahme, daß ein Conſtitutum giltig iſt, welches ein Tutor, Curator oder actor municipum direct auf den Namen der Vertretenen ſtellt.

l. 5 § 9 D. h. t.

Si actori municipum, vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adolescentis ita constituatur: municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel adolescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo vel furioso vel adolescenti utilem actionem.

Allerdings iſt die hier ertheilte Klage nur utilis actio, die Beſonderheit liegt aber ſchon darin, daß hier der direct auf den Namen des Dritten geſtellte Vertrag für gültig erachtet wird, während er ſonſt auch bei den bezeichneten Vertretern ungiltig wäre:

l. 9 pr. D. de adm. tut. 27, 7.

.... sed etsi absens sit pupillus, oportere tutorem suo nomine stipulari, nequaquam ambigendum est.

Die Anomalität unſerer Stelle wird denn auch durchwegs anerkannt, ſo von Mühlenbruch Ceſſion S. 95 Note 196, Vangerow Pand. (7. Aufl.) III S. 289 sub d, Zimmermann a. a. O. S. 104. Nur begnügt man ſich damit, ſie zu regiſtriren, ohne nach dem Grunde zu

forſchen, warum denn gerade bei einem einzigen Vertrage[81]) die Stellung auf fremden Namen zuläſſig geweſen ſein ſoll. Aus der acceſſoriſchen Natur des Conſtitutum kann dieſe Ausnahme nicht erklärt werden, ſonſt hätte dasſelbe bei allen acceſſoriſchen Verträgen, z. B. acceſſoriſchen Stipulationen und anderen angenommen werden müſſen. Der einzige haltbare Grund für dieſe Ausnahme ſcheint mir darin zu liegen, daß das Conſtitutum ein prätoriſcher Vertrag war, und daß man hier keinen Grund fand, ſich unter allen Umſtänden durch die Regel des Civilrechts, Contracte können nur perſönlich abgeſchloſſen werden, terroriſiren zu laſſen. Man wagte hier eine freiere Behandlung.

3. Von demſelben Geſichtspunkt aus ſcheint mir auch der berühmte Widerſpruch zwiſchen l. 21 pr. D. de pig. 20, 1 und l. 11 § 6 D. de pig. a° 13, 7 gelöſt werden zu ſollen.

l. 21 pr. cit. lautet:

> Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum convenisse videatur,

wogegen l. 11 § 6 D. cit. jede Stellvertretung beim Pfandrechtserwerb ausſchließt.[82])

Es iſt nicht zu überſehen, daß ſich die erſtere Stelle offenbar an die Formelworte anſchließt. Erwägt man, daß die formula hypothecaria in factum concipirt war, ſo ergibt ſich uns nach Analogie der eben beſprochenen Stellen eine gewiſſe Wahrſcheinlichkeit dafür, daß die Juriſten, am Formelwortlaut hintaſtend, nach einer Deduction der Zuläſſigkeit der Stellvertretung beim Pfandrechtserwerb geſucht hätten. In dieſem Beſtreben finden wir hier den Ulpian begriffen, und in der That entſpricht die Art und Weiſe, wie er hier den Formelwortlaut erweiternd zu interpretiren ſucht — wenn auch mit aller möglichen Vorſicht — vollkommen den bereits früher beobachteten Wendungen der Römer; das quasi inter me et colonum convenisse videatur findet ſeine vollſtändige Parallele in unſerem obigen deiecisse is videtur qui mandavit. Auch hier aber ſehen wir, daß der civilrechtliche Grundſatz per liberam personam acquiri non potest, wie derſelbe in l. 11 § 6 D. cit. ausgeſprochen iſt, der Entwicklung einer freieren Anſicht hemmend im Wege geſtanden iſt. Zur

---

[81]) Abgeſehen von dem bereits oben beſprochenen Mutuum.

[82]) Die Literatur dieſer Stellen ſ. bei Zimmermann a. a. O. S. 310 flg.

Beſtärkung obiger Hypotheſe dient noch der Umſtand, daß l. 21 pr. cit., welche die Stellvertretung beim Pfanderwerb anerkennt, aus einem viel ſpäteren Buch des Ulpian'ſchen Edictscommentars ſtammt, als die gegentheilige l. 11 § 6 cit., ſo daß gerade zwiſchen jene beide Stellen jener vorſichtige Fortſchritt Ulpian's anzuſetzen iſt.

4. Ebenſo endlich wurde denn auch das prätoriſche pactum de non petendo frei genug behandelt, um deſſen Wirkung auch dann eintreten zu laſſen, wenn es durch einen Stellvertreter abgeſchloſſen war, l. 10 § 2 sqq., cf. l. 59 D. de pac. 2, 14, nur daß man die hieraus entſpringende exceptio nicht pacti, ſondern doli exceptio nannte.

Faßt man die angeführten Stellen zuſammen, ſo ergibt ſich ſchon auf rein inductivem Wege eine gewiſſe Wahrſcheinlichkeit unſerer Behauptung, daß das prätoriſche Recht Stellvertretung kenne. Während den civilrechtlichen Geſchäften Stellvertretung faſt ausnahmslos fremd iſt, gilt für die prätoriſchen Rechtsacte durchſchnittlich das Gegentheil; ſelbſt jene, für welche Stellvertretung regelmäßig unzuläſſig iſt, wie das Conſtitutum, zeigen auch in dieſer Beziehung eine größere Elaſticität. Dieſer allgemeine Zug des prätoriſchen Rechts wird verkannt; man gibt zwar zu, daß das römiſche Recht einige Fälle von Stellvertretung zugelaſſen habe, begnügt ſich aber damit, dieſelben principlos und ohne innere Begründung aneinanderzureihen (vgl die Darſtellung bei Vangerow Pand. III. S. 270 flg., Zimmermann a. a. O. S. 104, 119 flg.). Mitunter findet man ſogar die Regel: Im einſeitigen Rechtsgeſchäft ſei den Römern Stellvertretung überhaupt geläufig geweſen (ſo bei Hellmann S. 49). Dieſer Satz iſt vor Allem unrichtig; denn in den civilen einſeitigen Rechtsgeſchäften iſt Stellvertretung gewiß unzuläſſig geweſen, ſo z. B. in der hereditatis aditio[93]), oretio, servi optio. Er iſt aber auch innerlich nicht begründet, denn warum ſoll ſich ein einſeitiges Rechtsgeſchäft zur Stellvertretung mehr und beſſer eignen als ein zweiſeitiges?

Dagegen iſt der Unterſchied zwiſchen civilen und prätoriſchen Rechtsgeſchäften ſehr wohl geeignet, auch in dieſer Beziehung eine Divergenz zu begründen. So finden wir denn die Hinneigung zur Stellvertretung bei den Acten des jus honorarium, einerlei ob dieſelben einſeitige oder zweiſeitige ſind, durchwegs ausgeſprochen.

---

[93]) Vgl. Zimmermann a. a. O. S. 119.

Resumiren wir demnach den Zustand der Stellvertretung im römischen Recht, wie er sich aus obiger Entwicklung ergibt, so ist zu sagen:

1. Im Civilrecht ist regelmäßig Selbsthandeln erforderlich.
2. Ausnahmsweise ist jedoch Stellvertretung im Erwerb und Verlust von Besitz und Eigenthum, sowie bei Obligationen aus Hingabe zulässig.
3. Das prätorische Recht läßt Stellvertretung zumeist zu; nur stellenweise ist auch hier der civilrechtliche Grundsatz ein Hinderniß der Anerkennung derselben.

Zweites Buch.

Das heutige Recht der Stellvertretung.

Erſtes Capitel.

Conſtruction der Stellvertretung.

§ 8.

Ueber das herrſchende Princip der directen Stellvertretung.

Gegenüber der beſchränkten Zulaſſung der Stellvertretung im hiſtoriſchen römiſchen Recht iſt es ein weſentlicher Grundſatz des heutigen Privat- und Proceßrechtes, daß Stellvertretung in Rechtsgeſchäften und im Proceß ganz allgemein zuläſſig ſei. Wie dieſer Umſchwung ſich vollzogen, das iſt allerdings ein bis heute noch nicht vollſtändig aufgeklärtes Geheimniß. Gewöhnlich führt man unſere directe Stellvertretung auf ein modernes Gewohnheitsrecht zurück; man iſt jedoch nicht im Stande, deſſen Entſtehung genau nachzuweiſen. Das zwar iſt gelungen, die Umbildung der römiſchen Doctrin zum heutigen Gewohnheitsrecht innerhalb der juriſtiſchen Literatur ſeit der Reception zu verfolgen und als einen zuſammenhängenden Entwicklungsgang darzuſtellen; es iſt dies das bekannte Verdienſt von Buchka's grundlegenden Unterſuchungen. Das dieſer Literatur zu Grunde liegende Rechtsbewußtſein aber, welche dieſe Fortbewegung veranlaßt hat, iſt in ſeinen Wurzeln und in ſeiner Ausbildung noch nicht erkannt worden.

Indeſſen, ſo werthvoll auch jede hierüber zu erlangende Aufklärung für die Rechtsgeſchichte ſein müßte, hat es doch nicht den Anſchein, als

ob die dogmatiſche Erkenntniß der heutigen Stellvertretung von der Erforſchung ihres Urſprungs viel zu gewinnen hätte. Denn wie immer ein deutſches Gewohnheitsrecht über die Stellvertretung beſchaffen geweſen ſein mag, ſo iſt doch zu bedenken, daß, wie aus den Nachweiſungen bei Buchka klar hervorgeht, die hervorragendſten Theoretiker und Praktiker noch der letzten Jahrhunderte die Stellvertretung nur im römiſchen Gewande gekannt und die directe Stellvertretung lediglich als eine beſchränkte Ausnahme vom römiſchen Recht in gemeſſener Weiſe zugelaſſen haben, daß ſie auch die zugelaſſenen Ausnahmen immer auf die römiſchen Kategorien des Rechts zurückgeführt und ein vom römiſchen Recht ſeiner Natur nach verſchiedenes Rechtsinſtitut nicht acceptirt haben. Die maßgebenden Codificationen der neueren Zeit haben zwar mit der römiſchen Anſchauung entſchieden gebrochen, indem ſie übereinſtimmend das Princip der directen Stellvertretung proclamiren; aber auch ſie begnügen ſich mit dem Princip, ohne die innere Geſtaltung des Rechtsinſtituts zu normiren.[84]) Hiedurch waren Theorie und Praxis darauf hingewieſen, immer wieder an das römiſche Recht anzuknüpfen, um die poſitive Regelung der einſchlägigen Verhältniſſe zu finden, und wenn demnach Geſetzgebung, Theorie und Praxis, dieſe wichtigſten Factoren der Rechtsbildung, einer deutſchrechtlichen Geſtaltung der Stellvertretung durchaus fremd ſind, ſo kann auch ruhig behauptet werden, daß ein im Detail ausgebildetes deutſches Gewohnheitsrecht über Stellvertretung, falls es jemals exiſtirt hat, heute nicht mehr vorhanden iſt, daß dasſelbe vielmehr dem romaniſirenden Rechtsbewußtſein der neueren Zeit verloren gegangen iſt und ſich nur in dem abſtracten neueren Rechtsgrundſatze forterhält, daß die Handlung des Stellvertreters directe Rechtswirkungen für und gegen den Vertretenen erzeugt.

Die dogmatiſche Darſtellung hat ſich daher lediglich mit den Conſequenzen und der rechtlichen Tragweite dieſes Rechtsſatzes zu beſchäftigen und iſt hiebei faſt ausſchließlich auf die Natur der Sache und auf die nicht immer untrüglichen Analogien des römiſchen Rechts angewieſen. Auf ſo ſchwankenden Grundlagen ruhend iſt ſie denn auch zu einer feſten und einheitlichen Auffaſſung des Rechtsinſtituts noch nicht gelangt.

---

[84]) Bekanntlich wurde bei der Redaction des H. G. B. von einer detaillirten Normirung der rechtlichen Wirkungen der Stellvertretung Umgang genommen, in der ſehr zu billigenden Abſicht, den innern Ausbau des Inſtituts der Wiſſenſchaft zu überlaſſen. Eingehendere Beſtimmung hat das ſachl. vgl. G. B. §§ 846, 788, aber, wie wir ſpäter ſehen werden (§ 33 a. E.) nicht zum Vortheil der Sache, aufgenommen.

Dieſe Erſcheinung wird allerdings leicht erklärlich, wenn man bedenkt, daß eine einheitliche Betrachtung der Stellvertretung als eines Rechtsinſtituts sui generis erſt ſeit dem Erſcheinen von Savigny's Syſtem begonnen hat, während die älteren Schriftſteller ſich auch ſyſtematiſch ſtreng an die verwandten Bildungen des römiſchen Rechts anlehnten und allgemeine Grundſätze über Stellvertretung überhaupt nicht aufſtellten. Im Anſchluß an die Praktiker des 17. und 18. Jahrhunderts[85]), welche in Anlehnung an die römiſchen Inſtitute der Proceßprocuratur, des Mandats und der adjecticiſchen Klagen auch das Verhältniß des Principals aus Rechtshandlungen des Stellvertreters gegenüber Dritten behandelten, wird noch bei Thibaut (Pand. §. 121) die Stellvertretung gelegentlich des Mandats dargeſtellt und hiezu noch die a°. institoria herangezogen. Im allgemeinen Theil behandelt Thibaut die Stellvertretung überhaupt nicht. Andere Schriftſteller erörtern dieſelbe gelegentlich des Erwerbs und der Verpflichtung durch Hauskinder, als freie Repräſentation gegenüber der nothwendigen, und ſcheiden daher den Stoff in Erwerb durch nothwendige, Erwerb durch freie Stellvertreter, Verpflichtung durch nothwendige, Verpflichtung durch freie Stellvertreter, eine Zertheilung, bei welcher die allgemeinen Geſichtspunkte begreiflicherweiſe verloren gehen. So Göſchen (Vorleſ § 121, Puchta Pand. § 265, Mühlenbruch Pand. § 131, Unterholzner Schuldverh. §§ 94, 184 flg. und ebenſo Fritz Erläut. zu Wening-Ingenheim II. S. 230 flg. Auch bei Wening-Ingenheim ſelbſt endlich wird die Stellvertretung nicht als einheitliches Rechtsinſtitut abgehandelt, ſondern zurückgeführt gewiſſermaßen auf eine vierfache Wurzel, die vier Entſtehungsgründe Auftrag, väterliche Gewalt, Vormundſchaft und In rem versio.

Dagegen iſt Wening-Ingenheim der erſte, der den Geſichtspunkt der Stellvertretung auch im allgemeinen Theil des Syſtems zur Geltung bringt; allerdings in unpaſſender Form, indem er (Lehrb. § 27) anläßlich der Lehre von der „Ausübung der Rechte" auch die „Ausübung der Rechte durch Stellvertreter" beſpricht, und von da ab hat, nachdem dieſe Verallgemeinerung durch Savigny (Syſtem § 113) und Wächter

[85]) Man vergleiche für die Syſtematik dieſer Zeit vor Allem Hertius, diss. de oblig mandantis et mandatarii contemptationo tertii, wo neben der Stellvertretung des Mandatars auch die des Inſtitors und Procurators betrachtet werden, Strykius modernus ad Tit ff de inst. a°. § 4. Carpzov quaes. for. par. II. C. 20 def. 10 et alt. Leyſer medd. ad Tit. ff. de inst. a°. spec. I. und II. und die daſ. cit.

(Würt. P. R. II. § 88, 89)[96]) ſanctionirt worden, eine weiterblickende Behandlung Platz gegriffen.

Dieſe Behandlung hat zu drei Gruppen von Stellvertretungstheorien geführt, innerhalb welcher ſich die im Einzelnen oft ſehr divergirenden Auffaſſungen vereinigen laſſen. Dieſe Theorien ſtützen ſich ſämmtlich auf das römiſche Recht, insbeſondere, da meiſt der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen eine überwiegende Beachtung geſchenkt wird, auf die römiſche Vertragstheorie und verwenden dieſelbe zur Normirung der Stellvertretung. Jede derſelben wirft den beiden anderen innere Unhaltbarkeit vor und behauptet, allein den echten Ring zu beſitzen.

Daß nun über ein und dasſelbe Rechtsinſtitut dreierlei vollkommen divergirende Theorien beſtehen, und ſich neben einander erhalten, iſt zwar keine ſeltene Erſcheinung, wirft aber doch auf den gegenwärtigen Zuſtand der ganzen Lehre ein beſonderes Licht. Denn man ſollte doch meinen, daß die Verſchiedenheit der theoretiſchen Conſtruction auch zu praktiſch divergirenden Reſultaten führen müſſe und daß da doch die Richtigkeit oder Unrichtigkeit jeder Theorie ſich aus ihren Reſultaten am deutlichſten ergeben müßte. Dennoch trifft dieſe Erwartung aus beſtimmten Gründen nicht zu. Denn für eine Reihe von praktiſchen Fragen ſind die Entſcheidungen ſchon im römiſchen Recht größtentheils gegeben; es ſind dies die Fragen, inwiefern Dolus, Culpa, Irrthum, bona und mala fides des Stellvertreters auf den Principal wirken; hier werden dann die römiſchen Entſcheidungen von allen drei Theorien mit mehr oder weniger Conſequenz, wie ſich ſpäter zeigen wird, adoptirt, ſo daß ſich ein eigentlicher Widerſtreit hier gar nicht ergibt. Bei einer anderen Gruppe von Fragen werden allerdings ganz entgegengeſetzte Entſcheidungen aufgeſtellt. Aber wie wir ſehen werden, iſt keine dieſer Theorien im Stande, ihre Reſultate ſo intenſiv und conſequent aus ſich heraus zu begründen, daß ſie im Stande wäre, jede gegentheilige Meinung hinwegzuraiſonniren; ja, wollte eine derſelben mit ihrer Conſtruction völlig Ernſt machen, ſo würde ſie, wie unten gezeigt werden wird, zunächſt ſelbſt zu unhaltbaren Reſultaten kommen. So iſt es begreiflich, daß keine der herrſchenden Auffaſſungen im Stande iſt, ihre ausſchließliche Legitimation darzuthun.

Die materia peccans aber in dieſer ſchier unlöslichen Controverſe iſt meines Erachtens die, daß den Unterſuchungen über die Natur der

[96]) Eine Darſtellung, die ſich durch beſondere Präciſion und Ideenfülle auszeichnet, ſo daß man dem von Jhering Jahrb f Dogm II S 121 derſelben geſpendeten Lobe nur beiſtimmen kann.

ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfte nicht der richtige Gang gegeben wird. Anſtatt nämlich, wie es für jede neu zu begründende Theorie eine Grundvorausſetzung geweſen wäre, zuerſt einen genauen Ueberblick über die ſämmtlichen zu löſenden Fragen zu ſuchen, anſtatt empiriſch die praktiſchen Fälle und deren Entſcheidung zuſammenzuſtellen, und hienach die theoretiſche Conſtruction zu vollziehen, ging man gewöhnlich von vornherein daran, auf Grund abſtracter Begriffe eine Conſtruction aufzuſtellen und in dieſer die Entſcheidung einzelner Fälle zu ſuchen. Ließ ſich dann die vorausgefaßte Auffaſſung auf eine Reihe von Fällen anwenden, ſo war man hiemit zufrieden und unterließ es, genau zu prüfen, ob dieſelbe denn wirklich in jeder Beziehung zu richtigen Reſultaten führe. Es kann alſo dieſen ſämmtlichen Theorien noch immer der Vorwurf gemacht werden, daß ſie, wie Thöl treffend ſagt, es unterlaſſen, „durch Eingehen in das Detail den inneren Bau des Rechtsinſtituts zu zeigen“.

Um dies zu begründen, ſoll zunächſt eine Ueberſicht der Probleme gegeben werden, deren Löſung die Aufgabe der Theorie der Stellvertretung bildet. An ihnen ſoll der Werth der herrſchenden Lehren geprüft werden und es wird ſich zeigen, daß keine einzige derſelben im Stande iſt, alle dieſe Probleme zu löſen, ſowie auch keine ſich dieſer Aufgabe vollbewußt geworden iſt. Auch werden dieſe Probleme als Prüfſtein der weiter unten zu entwickelnden Lehren dienen können.

§ 9.

Die Probleme der directen Stellvertretung.

Die Probleme der Stellvertretung liegen außer dem Geſichtskreis des römiſchen Rechts, welches die Stellvertretung nur in geringem Maße kennt, und dort, wo es dieſelbe kennt, zu einer eingehenderen Normirung nicht vorgedrungen iſt. Sie beruhen darauf, daß die Wirkungen des Rechtsgeſchäftes von der handelnden Perſon abgetrennt und auf eine andere übertragen werden ſollen. Sobald nämlich eine ſolche Trennung verſucht wird, ergeben ſich die beiden Hauptfragen, inwieweit dieſelbe überhaupt möglich iſt und in welcher Weiſe die Uebertragung für den Principal wirkt.

I. Die erſte dieſer Fragen bildet das erſte Problem. Dasſelbe lautet: Iſt es möglich — oder iſt es nicht möglich — oder iſt es nur theilweiſe möglich, und dann, inwieweit iſt es möglich, daß die Wirkungen eines Rechtsgeſchäfts von der Perſon des Handelnden losgetrennt werden und in einer fremden Perſon zur Entſtehung kommen Dieſe Frage iſt auch durch den allgemeinen Grundſatz, daß Stellvertretung in Rechts-

geſchäften zuläſſig ſei, nicht gelöſt, denn hiemit iſt doch nur ſoviel geſagt, daß das intendirte Rechtsverhältniß in der Perſon des Dominus zur Entſtehung kommt und den Stellvertreter nicht berührt. Es iſt aber damit noch nicht geſagt, daß deswegen der Stellvertreter nun aller und jeder Rechte und Pflichten aus dem von ihm vorgenommenen Geſchäfte bar und ledig ſei, obwohl dies freilich oft irrigerweiſe angenommen wird. Im Gegentheil, es laſſen ſich ſehr viele Fälle denken, wo eine Berechtigung oder Verpflichtung auf Seite des Stellvertreters ſehr wünſchenswerth erſcheint. Man denke nur, was die Nothwendigkeit einer Berechtigung des Stellvertreters anbetrifft, an den Fall, daß der Tertius ihm durch ein beim Abſchluß des Vertrages begangenes Verſchulden ad personam eine Beſchädigung zufügt, und was ſeine Verpflichtung betrifft, an den Fall einer Vollmachtsüberſchreitung. Soll in all dieſen Fällen der Stellvertreter oder der Tertius rechtlos ſein? Oder läßt ſich hiefür eine rechtliche Normirung finden und welche? Dies iſt eine Frage, welcher die Theorie der Stellvertretung nicht aus dem Wege gehen darf. Vielmehr muß das Maß der Rechte und Pflichten des Stellvertreters aus dem von ihm vorgenommenen Rechtsgeſchäfte durch die aufzuſtellende Conſtruction der Stellvertretung genau feſtgeſtellt werden.

Die nächſten Fragen betreffen die Wirkſamkeit des ſtellvertretenden Geſchäfts für den Principal und zwar wiederholen ſich hier alle beim proprio nomine vorgenommenen Rechtsgeſchäfte auftretenden Fragen in ſpecieller Anwendung. Es ſind dies bekanntlich die Fragen nach den perſönlichen Vorausſetzungen zur Vornahme von Rechtsgeſchäften, nach der Willensbeſtimmung und nach der perſönlichen Fähigkeit, aus Rechtsgeſchäften Rechte zu erwerben. Demnach ergibt ſich zunächſt

II. in Beziehung auf die perſönlichen Vorausſetzungen zur Vornahme von Rechtsgeſchäften die Frage: Nach weſſen Perſon iſt die Handlungsfähigkeit, nach weſſen Perſon eine etwa für gewiſſe Claſſen von Perſonen vorgeſchriebene Form des Rechtsgeſchäfts zu beurtheilen?

III. Da ſich ferner die Wirkung eines Rechtsgeſchafts vor Allem nach dem Inhalt des rechtsgeſchäftlichen Willens und dem Gebahren des Contrahenten richtet, ſo ergibt ſich die weitere Frage, nach weſſen Perſon in dieſer Richtung die Wirkung des Rechtsgeſchäfts zu beurtheilen iſt, insbeſondere weſſen Irrthum, bona und mala fides, Culpa und Dolus für dasſelbe maßgebend iſt. Insbeſondere tritt in Bezug auf die Wirkungen des Rechtsgeſchäfts auch die Frage auf, nach welchem Recht ein Rechtsgeſchäft zu beurtheilen iſt, falls die Vornahme desſelben durch den Stell-

vertreter örtlich oder zeitlich unter der Herrſchaft anderer Rechtsſätze erfolgte, als welche am Ort oder zur Zeit der Vollmacht oder Ratihabition in Geltung ſtehen; eine Frage, die ſowohl in Bezug auf die Form als auf den Inhalt des Geſchäfts von Bedeutung werden kann.

IV. Weiter muß feſtgeſtellt werden, nach weſſen Perſon die Rechtsfähigkeit hinſichtlich des zu erwerbenden Rechts feſtzuſtellen iſt.

V. Ein beſonderes Problem bringt endlich die ſtellvertretende Negotiorum Geſtio mit ſich. Es iſt hier die Frage zu beantworten, wie es komme, daß, wie doch faſt übereinſtimmend angenommen wird, der Tertius, der mit dem ſtellvertretenden Negotiorum Geſtor contrahirt, mittlerweile an den Vertrag gebunden bleibt, da doch der Stellvertreter kein eigenes Intereſſe an dem Zuſtandekommen des Vertrags mit dem Dominus hat, und, wenn er dasſelbe auch hätte, dieſes Intereſſe doch höchſtens zu einer Schadenerſatzklage des Geſtor gegen Tertius, nimmermehr aber zu einer directen Berechtigung des Dominus führen könnte. Es liegt alſo hier der Fall vor, daß das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters für den Dominus eine rechtliche Wirkung, nämlich die mittlerweilige Gebundenheit des Dritten, ohne deſſen Zuthun erzeugt. Vom Standpunkte des römiſchen Rechts iſt dieſe Erſcheinung vollkommen unerklärlich. Die Lehre von der Stellvertretung wird die juriſtiſche Natur dieſer mittlerweiligen Gebundenheit zu erklären und mit ſich ſelbſt zu vereinigen haben.

Die Zahl der Probleme, welche die directe Stellvertretung mit ſich bringt, ließe ſich möglicherweiſe noch um eins oder das andere vermehren, doch glaube ich hiemit die wichtigſten derſelben angegeben zu haben. Es ſind nunmehr die herrſchenden Stellvertretungstheorien darzuſtellen und auf ihre Tauglichkeit zur Löſung der vorliegenden Fragen zu prüfen.

§ 10.

Die Theorie von Puchta, Bangerow u. A.

Dieſe Theorie, die älteſte der herrſchenden Stellvertretungstheorien, verhält ſich zum Princip der directen Stellvertretung überhaupt zweifelnd und nur bedingt anerkennend. Sie beſchränkt ſich, wie überhaupt die ältere Lehre von der Stellvertretung mit Vorliebe thut, auf das Gebiet der Verträge, ſpeciell der obligatoriſchen Verträge [91]), und ſtellt hier den Satz

[91]) Dieſe Beſchränkung rührt daher, daß die älteren Schriftſteller, wie bereits oben bemerkt, die Stellvertretung im allgemeinen Theil gar nicht behandeln, daher ihnen die Stellvertretung im Proceß ganz entgeht, während ſie jene im Beſitz als ſpecielle Ausnahme anſehen.

auf, jede Obligation müſſe principiell in der Perſon des Handelnden, alſo des Stellvertreters entſtehen, er ſei der zunächſt aus dem obligatoriſchen Vertrag Berechtigte und Verpflichtete, nur könne er ſich nach neuerem Recht durch exceptio doli ſeiner Verpflichtung entziehen, wenn er einen Principal hinter ſich habe; ſowie in dieſem Fall auch die exceptio doli ſeiner eigenen Vertragsklage entgegenſtehe.

Es gehört zu dieſer Gruppe vor Allem Puchta, welcher (Pand. § 264) dieſen Grundſatz mit den ſtrictesten Worten aufſtellt „die Obligatio muß in der Perſon deſſen, der den Vertrag ſchließt, ihren Anfang nehmen.“ Deshalb iſt nach Puchta der zur Vertragſchließung durch Mandat Bevollmächtigte ſelbſt Contrahent, der Mandant hat nur die Ausübung der Obligation gleich einem Ceſſionar und der Mandatar kann ſich ſeiner Verpflichtung durch exceptio doli unter Verweiſung auf ſeinen Mandanten entledigen (Vorl. § 295).

Dieſen Standpunkt nehmen ferner ein Mühlenbruch (Ceſſion § 2 flg. und Pand. §§ 130, 131), Kuntze (Oblig. und Singularſucc. S. 264—301), Wening-Ingenheim[88]) (Lehrb. II. § 53), Vangerow (Pand. III § 608), Sintenis in der erſten Auflage ſeines Lehrbuchs, welcher letztere jedoch ſpäter ſeine Anſicht geändert hat (3. Aufl. § 102 Note 15), ferner Unterholzner (Schuldverhältniſſe I. S. 188), Fritz (Erläuterungen zu Wening-Ingenheim S. 233), Schilling (Lehrbuch III. S. 154), Brinckmann (Handelsrecht § 120 Note 37), Bähr in den Jahrb. für Dogm. IV. S. 290 u. a.[89])

Der Angelpunkt dieſer Lehre liegt alſo in der angeblichen Unübertragbarkeit der Obligationen, geſtützt auf l. 11 D de O. et A. 44, 7. Man meint, es ſei unmöglich, daß das vom Repräſentanten begründete Obligationsverhältniß unbeſchadet ſeiner Exiſtenz in die Perſon des Man-

---

[88]) Doch gibt Wening-Ingenheim, ſowie Mühlenbruch obigem Grundſatz die Faſſung daß zwar eigentlich „nach den Geſetzen“ der Vertrag ungiltig ſei, wenn nach der Verabredung des Mandatars mit dem Dritten dieſer unmittelbar den Mandanten leiſten ſoll, daß jedoch heutzutage ſolche Stellung des Geſchäfts auf den Namen des Dritten möglich ſei und daß man gewöhnlich heutzutage dem Mandanten für alle Fälle Forderung und Klage gegen den Dritten ohne Ceſſion zugeſtehe. Ebenſo ſagt Wening-Ingenheim a. a. O. § 54 anlangend, die Verpflichtung durch Stellvertreter: „indeſſen kann ſich der Dritte, vorausgeſetzt daß der Mandatar als ſolcher contrahirte, gegen die Regel des ſtrengen Rechts auch direct an den Mandanten halten.“

[89]) Ueber die hiſtoriſche Entwicklung dieſer Anſicht in der Literatur und die älteren Vertreter derſelben ſ. Buchka a. a. O. § 20.

danten „übergehe". Aber gerade dieſer Ausgangspunkt der Theorie beruht auf einer Verkennung des Weſens der Stellvertretung; denn es liegt ja auf der Hand, daß eben wenn directe Stellvertretung möglich iſt ein Uebergang der Obligation vom Repräſentanten auf den Repräſentirten überhaupt nicht mehr ſtattfindet, weil die Obligation ſofort und ohne ſolchen Uebergang in der Perſon des Repräſentirten entſteht, wie dies richtig ſchon Scheurl[90]) bemerkt hat Vielleicht um dieſem naheliegenden Einwand vorzubeugen, hat Kuntze ſein Princip dahin modificirt, es ſei unmöglich, den engen Zuſammenhang zwiſchen der obligatio und ihrem Rechtsgrund, der causa zu trennen. In dieſer Faſſung aber iſt das Princip erſtens dunkel, weil man den Grund dieſer Unmöglichkeit nicht einſieht, zweitens poſitiven Erſcheinungen des römiſchen Rechts zuwiderlaufend[91]), drittens aber ebenſowenig zutreffend wie in der Formulirung Puchta's, da ja bei directer Stellvertretung auch die causa der Obligation in der Perſon des Vertretenen liegt.

Abgeſehen von ihrem innern Ungrund aber vermag dieſe Lehre zu einer befriedigenden Löſung der oben bezeichneten Probleme nicht zu führen.

Anlangend nämlich das Problem ad I (des vorigen Paragraphen) führt die Annahme dieſer Theorie, daß zunächſt immer der Stellvertreter berechtigt und verpflichtet werde, zu dem Reſultate, daß, wenn man auch für und gegen den Principal die Klagen aus obligatoriſchen Verträgen als utiles actiones gibt, denſelben doch alle in der Perſon des Stellvertreters begründeten Einreden entgegenſtehen, ein Reſultat, deſſen Unhaltbarkeit am Tage liegt.[92]) Für den weiteren Fall, daß der Procurator ohne Vollmacht gehandelt hat, ergibt ſich die Folgerung, daß nun der Procurator perſönlich haftet, und hiedurch ſchienen zunächſt die Intereſſen des getäuſchten Tertius genügend gewahrt. Aber nur ſcheinbar. Denn in dieſem Falle iſt conſequent auch der Stellvertreter zur Vertragsklage berechtigt, und wollte man auch dem Tertius eine exceptio doli gegen dieſe Klage verſtatten, — was meines Erachtens ganz unconſequent wäre,

[90]) Krit Ueberſchau II. S. 330–332.

[91]) Man denke nur an den Erwerb von Obligationen durch den filius familias oder servus. Hier liegt die causa in der Perſon des filiusfamilias pp. ſo ſehr, daß derſelbe aus dieſem Vertrag ſelbſtändig verpflichtet bleibt. Dennoch erwirbt der Gewalthaber die Activobligation

[92]) Vgl. H. G. B. Art. 52, Laband X. S. 188, Schliemann kritiſche Bemerkungen zum Entwurf eines allgemeinen deutſchen H. G. B. S. 13. Anſchütz-Völderndorff Comm. zum H. G. B. S. 385 § 52, Not. 7. Canſtein in Buſch's Archiv für H. R. Bd. XXI, S. 248.

wenn man jenen für den wahren Contrahenten erklärt — ſo würde dieſe exceptio doli hinwiederum der Geltendmachung ſeiner Vertragsrechte entgegenſtehen, da der Stellvertreter dann gegen ſeine Vertragsklage die exceptio non adimpleti contractus vorſchützen würde. Der Tertius könnte daher ſeine Vertragsrechte — mögen ſie nun auf Erfüllung oder auf Schadenserſatz gerichtet ſein — gegen den Stellvertreter gar nicht geltend machen, ohne auch ſeinerſeits zu erfüllen. Nun liegt aber auf der Hand, daß es oft dem Intereſſe des Tertius zuwiderlaufen wird, dem Stellvertreter zu leiſten; z. B. er wollte ein Geſchäft mit einem Geſchäftsfreunde ſchließen, um dadurch deſſen Creditfähigkeit zu erhöhen, und ſieht ſich nun genöthigt, dasſelbe einem Concurrenten zu Gute kommen zu laſſen. Deſſenungeachtet muß er dies thun, will er nicht ganz ohne Rechtshilfe bleiben. Das Unbefriedigende dieſer Reſultate liegt auf der Hand.

Ad II des vorigen Paragraphen ergibt ſich die Conſequenz, daß die Handlungsfähigkeit und die Form des abzuſchließenden Vertrags durchaus nach der Perſon des Stellvertreters zu beurtheilen ſind. Es könnte alſo ein Pupillus ohne tutoris auctoritas keine Verpflichtung als Stellvertreter begründen, da durch ſeinen Vertrag auf ſeiner Seite keine Obligation, oder höchſtens eine naturalis obligatio [83]) begründet wird, welche einer klagbaren utilis actio nicht zu Grunde liegen kann. Ebenſo müßte der Stellvertreter die für die Giltigkeit ſeiner Verträge vorgeſchriebene Form beobachten. Nun entſcheidet allerdings bereits das römiſche Recht, daß die Verträge des pupillus institor den Dominus ohneweiteres verpflichten.

l. 7 § 2 D. de inst. a°. 14, 3.

Pupillus autem institor obligat eum, qui eum praeposuit institoria actione ...

aber was folgt daraus? Doch nur, daß das Princip jener Theorie, die Obligation müſſe immer principal in der Perſon des Handelnden entſtehen, unrichtig iſt; denn hier haben wir ja einen deutlichen Fall, wo die Obligation in der Perſon des Contrahenten gar nicht, wohl aber in einer fremden Perſon zu Stande kommt, ein Fall, der unſerer directen Stellvertretung ſo ähnlich ſieht, wie ein Ei dem andern. Wäre aber das hier angefochtene Princip richtig, ſo müßte ein ſolcher Vertrag jedenfalls für ungiltig gehalten werden, weil ein utilis a°. ohne Hauptobligation undenkbar iſt.

[83]) Und auch dies nur beſtrittenermaßen, vgl. Vangerow Band I § 514 flg.

Ebenſo käme man auch ad IV des vorigen Paragraphen hinſichtlich der Frage nach der Rechtsfähigkeit der Contrahenten zu dem Ergebniß, daß, wenn der Stellvertreter nicht im Stande war, den Gegenſtand des Vertrags zu erwerben, der Vertrag auch für den Dominus nicht wirkſam wird, während umgekehrt, wenn der Dominus nicht fähig iſt, hinſichtlich des Vertragsgegenſtandes einen Erwerbsvertrag abzuſchließen, dieſer Vertrag dennoch für den Stellvertreter wirkſam bleibt.[91])

Man ſieht hienach, daß dieſe Auffaſſung der Stellvertretung ſehr bald zu einem Punkte kommt, wo ſie ſich ſelbſt negiren muß, um nur exiſtiren zu können. Das aus dem römiſchen Princip der poſitiven Unzuläſſigkeit der Stellvertretung abgeleitete Princip der logiſchen Untrennbarkeit von Vertrag und obligatio führt zu Conſequenzen, die abſolut unhaltbar ſind und ſogar vom römiſchen Recht desavouirt werden, wie wir am Beiſpiele des pupillus institor geſehen haben. Und auch wo die Reſultate dieſer Lehre annehmbar ſind, iſt doch der Weg, auf dem dieſelben erreicht werden, ein Umweg, der dem heutigen Rechtsbewußtſein nicht mehr entſpricht.[92]) Die Theorie Puchta's glaubt durch die Selbſtverpflichtung des Stellvertreters angeblichen Gefahren des Contrahirens durch Stellvertreter zu entgehen, gelangt aber eben dadurch zu praktiſchen Härten und Unzukömmlichkeiten, von denen in dieſem Maße die anderen Theorien verſchont bleiben. In der That findet ſie auch ſeit längerer Zeit keinen neuen Anhänger.

Viel größere Lebensfähigkeit zeigen die beiden anderen Auffaſſungen der Stellvertretung. Dieſelben haben das gemeinſam, daß jede derſelben eine der beiden betheiligten Perſonen, Stellvertreter oder Vertretenen als den eigentlich Handelnden, das Rechtsgeſchäft im juriſtiſchen Sinne vornehmenden darzuſtellen ſucht, während der anderen Perſon eine mehr untergeordnete Rolle zugewieſen wird. Dieſer gemeinſame Zug iſt von Bedeutung. In der Beſtrebung, das Rechtsgeſchäft in einer einzigen Perſon zu concentriren, läßt ſich deutlich die Anlehnung an den römiſchen Begriff des Rechtsgeſchäfts erkennen, wonach daſſelbe ſtets ein ſimultaner, in einer einzigen Perſon, dem rechtlich Handelnden ſelbſt, gelegener Willensact iſt. Gerade dieſe Auffaſſung des Rechtsgeſchäfts iſt es, die meines

[91]) In Bezug auf die Frage, inwieweit Irrthum ꝛc des Stellvertreters auf den Vertrag Einfluß hat, führt dieſe Theorie wenigſtens theilweiſe zu richtigen Reſultaten, und zwar zu denſelben, wie die weiter unten zu beſprechende „Repräſentationstheorie". (S. unten § 12), daher auch zu denſelben Unrichtigkeiten

[92]) Vgl. Ruhſtrat, Arch. f. civ. Prax. XXX. S. 349.

Erachtens dem Weſen der Stellvertretung nicht gewachſen iſt, da die Stellvertretung vielmehr als auf einem gemeinſamen juriſtiſchen Handeln ſowohl des Stellvertreters als des Vertretenen beruhend gedacht werden muß. Jede andere Anſchauung unterſchätzt einen Theil des wahren Sachverhalts und kommt, wie ich zu zeigen hoffe, trotz vieler richtiger Reſultate an manchen Punkten zu Ergebniſſen, die der Natur des Verhältniſſes widerſprechen.

§ 11.

Die Theorie Savigny's.

Wir wenden uns zunächſt derjenigen Conſtruction zu, welche den Vertretenen für den juriſtiſch Alleinhandelnden anſieht und den Stellvertreter in die Rolle eines bloßen Willensorgans verweiſt.

Der Begründer derſelben iſt Savigny. Derſelbe ſucht (Obl. Rt. II. S. 57 flg.) auszuführen, daß zwiſchen einem Boten, welcher den präciſen Willen des Dominus überbringt, und dem Stellvertreter gar kein Unterſchied ſei. Um die juriſtiſche Gleichartigkeit beider Arten von Vertretung zu beweiſen, führt er mehrere Fälle an, in welchen der Bote gradatim an Willensthätigkeit zunimmt. Im Anfang hat der Bote den Auftrag, ein Pferd um einen beſtimmten Preis zu kaufen, dann gibt ihm der Dominus die Erlaubniß, am Preiſe zu mäkeln, endlich geſtattet er ihm, unter mehreren Pferden das paſſendſte auszuſuchen. „Schließt er nun", ſagt Savigny, „den Vertrag ab, ſo muß er dennoch unbedenklich ebenſo angeſehen und beurtheilt werden, wie der bloße Bote in den vorigen Fällen, welchen Namen wir ihm übrigens beilegen mögen. Denn mein auf mannigfaltige Entſchlüſſe gerichteter Wille, zwiſchen welchen der Stellvertreter die Wahl haben ſoll, iſt ja noch immer mein Wille, und der Stellvertreter ſelbſt erſcheint in allen dieſen Fällen der anderen Partei gegenüber als der bloße Träger meines Willens."

Derſelben Anſchauung folgt für das heutige Recht Ruhſtrat, ſo ſehr er im übrigen Savigny's Lehre für das hiſtoriſche römiſche Recht bekämpft. So ſagt er (Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung S. 42): „Jeder Mandatar, der als ſolcher contrahirt, ſteht jetzt regelmäßig mit dem Boten auf gleicher Stufe, inſoferne auch er nur Inſtrument des Geſchäftsherrn iſt und durch ſeinen Vertrag nicht perſönlich verbindlich wird. Der Geſchäftsherr ſelbſt iſt juriſtiſch der Contrahent des Dritten." „Der Dritte, welcher mit dem Mandatar als ſolchem contrahirt und deſſen Propoſitionen annimmt, acceptirt damit in Wirklichkeit die im voraus ab-

gegebene Willenserklärung des Principals, nach welcher der beim Contrahiren erklärte Wille des Mandatars ſein, des Principals, Wille iſt.“ (Vgl. denſelben im civ. Arch. XXX. S 349 und im Oldenburger Arch. Bd. I.)

Auch Scheurl (krit. Ueberſchau S. 335 flg.) ſchließt ſich dieſer Auffaſſung an. „Wir faſſen ..... heutzutage den Auftrag an Bevollmächtigte, Verträge für uns zu ſchließen, anders auf, als die Römer, als einen Auftrag, die von ihm (ihnen?) mit unſerem Willen beſchloſſene Erklärung nicht als die ſeinige (ihre), ſondern als die unſrige dem Dritten zu verkunden, den Vertrag nicht wie ein römiſcher Procurator, ſondern wie ein römiſcher Nuntius abzuſchließen“ und S. 357: „Schließt aber der Mandatar oder Vormund innerhalb der Grenze ſeiner vertragsmäßigen oder amtlichen Vollmacht den Vertrag im Namen des Mandanten oder des Mündels ab, ſo gilt derſelbe jetzt ſelbſt als der Vertragſchließende ...“

Ein anderer Vertreter dieſer Auffaſſung iſt Dernburg (Heidelb. krit. Ztſch. I. S. 16 flg.).[96]) Nachdem er hervorgehoben, daß nach römiſchem Recht ſtets der Mandatar bei Verträgen im Namen Dritter als Contrahent gelte, führt er aus: „Bei uns aber iſt die concrete und plaſtiſche Anſchauung der antiken Welt einer mehr abſtracten Rechtsanſchauung gewichen. Sie hat ſich auch in unſerer Lehre trotz aller Feſſeln, welche der Entwicklung der modernen Idee durch den Einfluß des römiſchen Rechts angelegt wurden, Bahn gebrochen und zu dem Satz geführt, daß regelmäßig der Auftraggeber, in deſſen Namen contrahirt wird, nicht der Auftragnehmer, welcher den Vertrag äußerlich abſchließt, der Contrahent iſt.“ „Dieſer ertheilt im Voraus zu dem, was der Procurator feſtſtellen wird, ſeinen Conſens.“ Begründung: „Die Möglichkeit, eine Einwilligung in dieſer Art zu ertheilen, rechtfertigt ſich aber dadurch, daß der römiſche Grundſatz, wonach der Conſens immer nur zu einem beſtimmten Geſchäfte gegeben werden kann, aus unſerem Rechtsbewußtſein vollſtändig verſchwunden iſt.“

Die Deduction Savigny's wird neuerlich wiederholt von Hellmann (Stellvertretung, insbeſondere S. 8—10, 19—21). Als ein weiteres Argument fügt Hellmann dieſer Anſicht noch das bei, daß der Wille des Stellvertreters doch unmöglich im Stande ſein könne, für den Principal Rechte und Pflichten zu erzeugen, weil hiezu nach Rechtsgrundſätzen nur der eigene Wille befähigt ſei. „Ohne .... concrete Willenserklärung des Principals wäre die Willenserklärung des Stellvertreters

[96]) Ebenſo Preuß. Priv. Rt. (2. Aufl.) I. § 113.

wirkungslos. An ſich iſt ſie alſo auch hier unfähig, eine Rechtswirkung zu erzeugen. Die Willenserklärung des Principals iſt untrennbar davon, ſoll eine Rechtswirkung eintreten." S. 14, 15. „Allenthalben liegt der Schwerpunkt der Entſcheidung darin, daß der Vertretene etwas zu wollen erklärt und zum Mittel der Veröffentlichung ſeiner Willenserklärung den Stellvertreter benutzt. Was der Stellvertreter thut, iſt für ihn ſelbſt etwas völlig Unjuriſtiſches." [97]) Und derſelbe Grund findet ſich auch bei Canſtein (in Buſch's Arch. f. H. R. XXI S. 288 flg.), welcher außerdem noch die Möglichkeit der Verträge sub arbitrio testii heranzieht und demnach die Willenserklärung des Principals als eine „an das Publikum" gerichtete Offerte anſieht; „durch die in Folge deſſen geſtellten Anträge kommen dann die einzelnen Verträge mit dem Vollmachtgeber zu Stande, aber mit der Bedingung, daß der Vertreter den Vertrag gutheißen werde". (S 291.)

Betrachtet man nun das Poſitive an Argumenten, was für dieſe Theorie vorgebracht wird, ſo iſt es nicht gerade viel. Einige der angeführten Gründe ſind offenſichtlich unhaltbar; ſo insbeſondere der von Canſtein angeführte Beweis, „daß der Widerruf der Vollmacht die Wirkſamkeit des Vertrags für den Vertretenen ausſchließt, was nur durch den Mangel ſeines Willens zu erklären ſei" (S. 289); dieſer Beweis iſt ſchon deswegen unhaltbar, weil die Thatſache falſch iſt, da ja z. B. nach Handelsrecht — für welches Canſtein ſeine Abhandlung ſpeciell geſchrieben hat — der Vertrag für den gutgläubigen Dritten trotz Widerrufs der Vollmacht gewiß giltig iſt. [98]) Dieſer Beweis ſchlägt alſo vielmehr ſofort in den ſchärfſten Gegenbeweis um. Es bleiben demnach nur noch zwei Gründe für dieſe Theorie übrig.

Erſtens der, daß es möglich ſei, dem Bevollmächtigten in der Vollmacht eine Mehrzahl von Vertragswillen zur beliebigen Erklärung an den Tertius anheimzugeben; denn auf dieſes eine Argument laufen die Theorien Savigny's, Ruhſtrat's, Scheurl's und die von Canſtein aufgeſtellte Theorie einer Offerte an das Publikum hinaus. Hiegegen wenden die Anhänger der anderen Theorie, wonach der Stellvertreter der alleinige Handelnde ſein ſoll, ein, ein ſolcher Vertragswille ſei kein präciſer

[97]) Vgl. auch die Entſcheidungsgründe der von Hellmann cit. Erkenntniſſe Seuff V. 106. VII 27. XIII 93, Entſch. d. Reichsger in Civ. Sachen III. S. 122 flg.

[98]) Vgl. Thol, H. R. (5 Aufl.) § 68

Vertragswille, ſei nicht geeignet, concrete Rechtsverhältniſſe zu begründen. [99]) Dieſes Gegenargument aber läßt ſich gewiß nicht feſthalten. Denn daß zu einem Rechtsgeſchäft nicht immer ein ganz präciſes Bewußtſein hinſichtlich ſämmtlicher Momente ſeines Inhalts erforderlich ſei, läßt ſich ſchon für das römiſche Recht nicht beſtreiten, da ja Verträge sub arbitrio tertii, ſowie Stipulationen, deren Inhalt durch ungewiſſe Ereigniſſe beſtimmt werden ſoll, gewiß zuläſſig ſind. [100]) Darum läßt ſich kaum ein triftiges Bedenken erheben, wenn behauptet wird, daß heutzutage im Fall der Stellvertretung die Erklärung eines allgemeinen Vertragswillens zuläſſig ſei; die erforderliche Präciſirung werde demſelben durch den Stellvertreter ebenſogut gegeben, wie bei Verträgen sub arbitrio tertii durch den arbiter. [101]) Man kann eben ſagen, gerade die Zulaſſung der directen Stellvertretung bringe es mit ſich, daß heuzutage der Vertragswille auch in allgemeiner Faſſung erklärt werden könne.

Jedoch iſt mit dieſem Argument doch nur die Möglichkeit, nicht auch die concrete Richtigkeit und Nothwendigkeit der Savigny'ſchen Theorie dargethan. Ebenſowenig folgt dieſelbe m. E. aus dem zweiten der hiefür angeführten Gründe.

Es iſt dies der Grund von Canſtein und Hellmann, daß es ja allen Rechtsgrundſätzen zuwiderlaufe, daß der Dominus durch einen andern als ſeinen eigenen Willen berechtiget und verpflichtet werde. Denn gegen dieſes Argument kann wieder die ganze Beweisführung verwendet

---

[99]) Vgl. Thöl, H. R. S. 231.

[100]) Z. B. die Stipulation quanti res erit oder die Garantieſtipulation der l. 116 D de V. O. 45, 1.

[101]) Ja ſelbſt dem römiſchen Recht iſt die Vorſtellung eines allgemeinen Willens nicht ganz fremd; vgl. die bereits von Jhering angezogene l. 22 D de man. vind. 40, 2 . . . solam enim electionem filio concessit, caeterum ipse manumittat ferner den Schlußſatz der berühmten l. 5 § 10 D de inst. a°. 14, 3, wo es vom Fullo heißt: plane si adfirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria sed ex locato tenebitur. Der Fullo gibt hier dem Kunden ſeinen Conſens zu allen Aufträgen, die dieſer ſeinen Leuten geben wird. Dies iſt kein präciſer Vertragswille mehr, der Gegenſtand des Vertrags iſt nur generell beſtimmt, ſoll aber durch den Willen des Kunden und der Gehilfen praciſirt werden. Dies iſt ein wahrer Fall der Stellvertretung, aber mit ſo beſchränkter Vollmacht, und einem eigenen Vertrag des Dominus noch ſo ähnlich, daß der Juriſt kein Bedenken trägt, ihn zuzulaſſen. Erweitert man die Vollmacht der Gehilfen — nach Savigny's Vorgang — noch etwas mehr, ſo iſt man bei offenbarer Stellvertretung angelangt. Die Stelle iſt daher geeignet, Savigny's oben dargeſtellten Gedanken ganz zu unterſtützen.

werden, welche soeben zu Gunsten der besprochenen Theorie verwendet wurde; man kann sagen, der Grundsatz der directen Stellvertretung bringe es eben mit sich, daß der Principal, wenn er überhaupt Vollmacht ertheile, auch durch einen fremden Willen immerhin verpflichtet werden könne.

Man sieht leicht, wie wenig durchgreifend die abstracten Beweisführungen aus angeblichen allgemeinen Grundsätzen wirken. Diese allgemeinen Grundsätze sind eben selbst nicht unveränderlich, sie könnten gerade durch das Princip der directen Stellvertretung alterirt worden sein, und deswegen liegt in ihrer Verwendung eine beständige petitio principii, die dem Abschluß der Controverse so lange Zeit im Wege steht.

Entscheidend können nur concrete Argumente sein. Als solches wird zunächst, und zwar gegen Savigny's Theorie, von Zimmermann (a. a. O. S. 37) die Möglichkeit der Stellvertretung willensunfähiger Personen angeführt. Doch ist auch dies nicht durchschlagend, denn man könnte sich ja dagegen immer noch darauf berufen, daß hier der Wille vielmehr nachgelassen als durch den Vertreter ersetzt sei.[102] Maßgebend für den Werth dieser Theorie sind aber die Resultate, zu denen sie gegenüber den oben aufgestellten praktischen Fragen führt.

Hier ergibt sich zunächst, daß diese Theorie alle juristische Handlung aus der Person des Stellvertreters eliminirt hat. Dies zeigt sich aus der Identificirung des Stellvertreters mit dem Boten. Dernburg hat ausdrücklich (a. a. O. S. 21) den Satz: „Persönlich haftet der Geschäftsführer, wenn er im Namen eines andern abschloß, heutzutage nur für seinen Dolus." In gleicher Weise sagt Ruhstrat (civ. Arch. XXX. S. 354.): „Ist daher der Stellvertreter, obgleich er diesen Vertrag durch seinen Willen begründet hat, nicht durch denselben obligirt, so bleibt nur die Annahme übrig, daß der Wille des Stellvertreters nur den Willen des Principals repräsentirt, ... daß deshalb auch nur der Principal und nicht der Stellvertreter durch den so geschlossenen Vertrag verpflichtet wird." Ebenso Hellmann S. 16: „Was der Stellvertreter thut, ist für ihn selbst etwas völlig Unjuristisches."

Anlangend demnach das oben sub I aufgestellte Problem, inwiefern der Stellvertreter durch den Vertrag berechtigt und verpflichtet werde, führt diese Lehre dahin, daß er es gar nicht werde. Er kann sich daher

---

[102]) Vgl. Hellmann a. a. O. S. 25 u. 80 flg., welcher in diese Ausflucht System gebracht hat, indem er — offenbar um seine Theorie zu retten — die gesetzliche Stellvertretung von der gewillkürten principiell scheidet, ohne daß man einen rechten Grund hiefür einsieht.

für eine beim Vertragsabſchluß erlittene Beſchädigung höchſtens beim Dominus erholen. Die Conſequenz iſt die, daß wenn ein ſtellvertretender Negotiorum Geſtor vom Tertius durch Abſchluß des Vertrags culpos verletzt wird und die Ratihabition nicht erfolgt, er ganz rechtlos iſt Für den Mangel oder die Ueberſchreitung der Vollmacht würde der Stellvertreter höchſtens unter den Vorausſetzungen der actio doli haften. Hellmann (a. a. O. S. 143) zieht dieſe Folgerung ausdrücklich, Dernburg (a. a. O. am Ende), wie es ſcheint, ſtillſchweigend. Die Härte derſelben iſt aber ſo offenſichtlich, daß bekanntlich fortwährend Verſuche unternommen werden, ein anderes Reſultat zu gewinnen.

Ad II gelangt man, wenn man conſequent ſein will, zu dem Ergebniß, daß es nur auf die Willensfähigkeit des Principals und gar nicht auf die des Stellvertreters ankomme. (So Canſtein S. 285.) Daher auch der wahnſinnige Stellvertreter den Dominus verpflichten würde. Wenn man trotzdem Willensunfähigkeit des Stellvertreters als Hinderungsgrund der Stellvertretung anſieht, und zwar mit der Begründung, daß der Stellvertreter doch wenigſtens den Willen haben müſſe, für den Dominus zu handeln (ſo Hellmann S. 148), ſo gibt man damit zu, daß der Stellvertreter eben doch handelt, und die Theorie reducirt ſich auf ein müßiges Spiel mit Worten. Was die Form der Verträge betrifft, gelangt dieſe Lehre zu manchen richtigen Reſultaten; ſo namentlich, daß, wenn für die Perſon eine beſtimmte Form vorgeſchrieben iſt, die Perſon des Principals maßgebend iſt (vgl. Dernburg a. a. O. S. 18 sub c). Wie aber, wenn der Stellvertreter an einem Orte contrahirte, wo eine beſtimmte Vertragsform vorgeſchrieben iſt, welche am Wohnort des Dominus nicht gilt? Wer den Stellvertreter mit dem Boten gleichſtellt, muß die formloſe Erklärung des Stellvertreters giltig ſein laſſen, was gewiß falſch iſt; wer es aber nicht thut, erkennt damit eben an, daß der Stellvertreter doch einen juriſtiſch relevanten Willen hat.

Ad III weiß ſich die beſprochene Theorie mit den ausgeſprochenen Grundſätzen des römiſchen Rechts, daß für den Inhalt des Vertrags der Wille, scientia und ignorantia, bona und mala fides, Irrthum, Dolus und Culpa des Stellvertreters maßgebend ſeien, dadurch abzufinden, daß ſie behauptet, der Wille des Principals nehme eben alle Determinationen des mandatariſchen Willens in ſich auf. Es iſt klar, daß mit ſolchen Zugeſtändniſſen die Theorie eigentlich ſich ſelbſt aufgibt; denn wenn der Wille des Mandatars überall dort maßgebend iſt, wo es auf den Inhalt des Willens ankommt, warum ſoll er dann kein

juriſtiſcher Wille ſein? Trotzdem kommt man noch zu einer Schwierigkeit bei der Frage, ob Dolus und Culpa des Stellvertreters den Principal verpflichten. Denn man kann doch in den allgemeinen Willen des Principals nicht ohneweiters Dolus oder Culpa hineinlegen, umſomehr, da ja Culpa überhaupt kein Willenserzeugniß iſt.[103]) Dernburg allerdings thut dies freilich, indem er (a. a. O. S. 21) den Principal auch mit der actio Pauliana für den fraudulöſen Vertrag des Stellvertreters haften läßt, „da er ja auch ſolche Verträge von ſeinem Conſenſe nicht ausſchloß“ (?) und ihn daher wohl auch für deſſen Culpa und Dolus verantwortlich machen würde. Die Haftung für Culpa und Dolus (nicht aber die für fraudulöſe Verträge) iſt allerdings anzunehmen, aber wie läßt ſie ſich aus jener Theorie begründen? Denn was Hellmann (S. 153) hiefür anführt, daß nämlich der Principal ſich des Vertreters lediglich als Mittels ſeiner Willenserklärung bedient, und daher für den Schaden haften muß, der ihm durch das Verhalten dieſes Mittels zugeht, iſt viel zu weit; warum läßt man ihn dann nicht auch für den Dolus des Briefträgers, die Fehler des Telegraphiſten u. ſ. f. haften? So kommt denn auch Canſtein, der hier conſequent verfährt[104]), zu der Entſcheidung, daß dem Principal die Haftung für die Handlungen ſeines Bevollmächtigten nicht aufgebürdet werden kann, wo ihm nicht eine Mitſchuld oder culpa in eligendo zur Laſt fällt (S. 286). Dieſes Reſultat, zu welchem die Theorie Savigny's unbeſtreitbar führt, iſt aber gewiß ein ſehr trauriges.

Aber auch ſonſt kommt dieſe Theorie bezüglich des Inhalts des Vertrags zu keinen genügenden Ergebniſſen. So ſelbſt hinſichtlich der

[103]) Mag man auch, wie manche Schriftſteller thun (ſo Unger Syſt. II. S. 235) die Culpa für einen Fehler des Willens, ein Gebrechen der nöthigen Willensenergie, das Uebel zu vermeiden, anſehen, ſo bleibt es doch wahr, daß dies eine rein negative Qualität dieſes Willens iſt, wie denn auch manche Schriftſteller ſie als negativ-böſen Willen charakteriſirt haben. Jedenfalls liegt die culpoſe Beſchädigung nicht in der Abſicht, dem poſitiven Willen des Handelnden (vgl Trendelenburg, Naturrecht § 112), umſoweniger kann ſie daher in den poſitiven Willen des Mandanten hineingelegt werden — Ich freue mich in den Ausführungen des Textes in Uebereinſtimmung zu ſtehen mit den Bemerkungen von Löning die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen ſeiner Beamten (Frankfurt a. M. 1879), S. 59

[104]) Z. B. kommt Canſtein auch (S. 286) zu dem Reſultate, daß ſogar der Irrthum des Stellvertreters beim Vertragsabſchluß irrelevant ſei. Dies iſt ganz conſequent und bietet eben darum einen intereſſanten Beleg dafür, wohin jene Theorie führen muß

Wirkungen des Irrthums beim Mandatar. Den Fall, daß Dominus und Tertius conſentiren, der Stellvertreter aber in einem error in corpore verſirt, entſcheiden nämlich ihre ſämmtlichen Anhänger übereinſtimmend dahin, daß dieſer Vertrag giltig ſei. So Dernburg (S. 18 sub b), Canſtein (S 277), Hellmann (S. 162). Bei dieſer Entſcheidung kann man ſich beruhigen, wenn es ſich blos um eine einſeitige Erklärung handelt; wie aber bei zweiſeitigen Verträgen? Richtig bemerkt dagegen ſchon Thöl: „Der Mandant und der Verkäufer wollen beide den Kauf und Verkauf des Grauſchimmels Hercules, der Mandatar hat aber den Apfelſchimmel Hercules verſtanden und bewilligt als Kaufpreis 20 Louisd'or, während er für den Grauſchimmel höchſtens 12 bewilligt haben würde. So wäre alſo nach Dernburg's Meinung der Grauſchimmel für zwanzig giltig gekauft." Freilich läßt ſich Canſtein hiedurch nicht einſchüchtern, und wenn er erklärt „ich glaube aber, daß der Kauf giltig iſt" (S. 278), ſo muß man anerkennen, daß hiezu wenigſtens ein gewiſſer Muth gehört. Und auch in Bezug auf manche vom römiſchen Recht poſitiv entſchiedene Fragen läßt ſich die Theorie — ſehr zu ihrem Nachtheil – verleiten, conſequent zu bleiben und vom römiſchen Recht abzuweichen. So ſagt Dernburg (a. a. O. S. 20): „Kennt der Mandatar redhibitoriſche Mängel, die dem Principal unbekannt geblieben waren, ſo muß man demſelben conſequent dennoch die redhibitoriſche Klage zugeſtehen", (vgl. S. 18 b a. E.); dagegen aber l. 16 § 3 D de lib. ca. 40, 12 D de C. E. 18, 1, l. 51 D de Aed. Ed. 21, 1! Desungeachtet iſt nicht zu leugnen, daß die Behauptung Dernburg's ganz conſequent iſt im Sinne einer Theorie, die allen Willen in die Perſon des Mandanten verlegt. Aber eben weil dies der Fall iſt, iſt dieſelbe ſo unerträglich.

Wie will man ferner mit dieſer Theorie folgenden Fall entſcheiden. Der Stellvertreter contrahirt an einem Orte, wo nicht das am Wohnorte des Dominus geltende Recht herrſcht. Nehmen wir den Fall an, der Dominus wohnt in Oeſterreich, der Stellvertreter erklärt in Preußen; nach welchem Recht iſt der Vertrag zu beurtheilen? Iſt in den allgemeinen Vertragswillen des Dominus bereits der nach preußiſchem Recht zugeſchnittene Wille des Stellvertreters hineinzulegen, oder iſt blos der Wortlaut der Erklärung des Stellvertreters als Wille des Principals aufzufaſſen, und dieſer Wille dem Principal zur Beurtheilung nach öſterreichiſchem Recht zu inſinuiren? Iſt der in Preußen erklärte Wille ein preußiſcher oder ein öſterreichiſcher? Gelten z. B. die geſetzlichen Vorſchriften über Willensinterpretation, welche das preußiſche, oder jene,

welche das öſterreichiſche Recht aufſtellt? Der allgemeine Grundſatz, daß der Principal der Wollende ſei, verträgt beide Annahmen. Man ſieht daher, er iſt viel zu allgemein, um zu praktiſchen Entſcheidungen zu verhelfen; diejenigen, zu welchen er verhilft, ſind großentheils unrichtig, diejenigen, die richtig ſind, zu denen verhilft er nicht. Er reducirt ſich daher bei näherer Betrachtung auf das, was er iſt; auf eine theoretiſche Phraſe.

Auch das sub V bezeichnete Problem der Stellvertretung bleibt für Savigny's Theorie ein wahres Problema. Denn wenn der Stellvertreter juriſtiſch gar nicht handelt, wie iſt es zu erklären, daß das Rechtsgeſchäft des ſtellvertretenden Negotiorum Geſtor für den Dritten bindend iſt? Wie kann etwas, das juriſtiſch ein Garnichts iſt, doch im Stande ſein, für alle Betheiligten proviſoriſche Wirkungen zu erzeugen? Es liegt doch ein offenbarer Widerſpruch darin zu ſagen: Der Stellvertreter hat juriſtiſch gar keinen Willen, ſondern der Principal hat den Willen, gleichzeitig aber zuzugeſtehen, daß der Stellvertreter doch ohne ſein Wiſſen und Willen mit Rechtswirkſamkeit thätig werden könne. Alſo auch hier zeigt ſich die Theorie Savigny's ungenügend.

Demnach erübrigt uns nur noch, die dritte der vorhandenen Theorien zu prüfen.

§ 12.

Die Repräſentationstheorie.

Dieſe Theorie bezeichnet als den juriſtiſch allein Handelnden den Stellvertreter. Er iſt alſo insbeſondere bei Verträgen der Contrahent. Die Rechtswirkungen ſeines Vertrags aber werden direct auf den Dominus übertragen.

So ſagt vor allen Buchka (Stellv. S. 206) „der Procurator unterſcheidet ſich von dem Nuntius dadurch, daß er nicht blos als Organ fremden Willens auftritt, ſondern ſelbſt die juriſtiſche Handlung des Vertragsabſchluſſes vollzieht.“ „Das eigenthümliche Weſen der Repräſentation des Principals durch den Procurator beſteht nach dem ſoeben Bemerkten darin, daß die Wirkungen des Vertrags vermöge rechtlicher Fiction auf den erſteren bezogen werden, obgleich die Handlung, durch welche der Vertrag zu Stande gebracht wird, eine für ihn fremde iſt.“ Vgl. ebenda S. 236.

Auch nach Windſcheid (Pand. I. § 73) beſteht das Weſen der Stellvertretung darin, daß Jemand ſeinen Willen erklärt, mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden) Erklärung, daß er im

Namen eines Andern handle. „Der Contract des Stellvertreters wird als Contract des Vertretenen gedacht, vorgestellt (wie man sich gewöhnlich ausdrückt) fingirt, der Contract des Einen dem Andern als sein Contract angerechnet.“ Ebenso wird (Pand. II. § 313) bemerkt: „Die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingirt.“

Mit besonderem Nachdruck betont die Vorstellung einer Fiction Unger (System II. § 90 S. 316) mit den Worten: „Im Fall der Stellvertretung gilt das vom Repräsentanten geschlossene Rechtsgeschäft gerade so, als ob der Repräsentirte selbst es geschlossen hätte. Das Geschäft ist daher gar nicht das Geschäft des Stellvertreters, sondern ausschließlich und unmittelbar das Geschäft des Principals“ .... „Es findet hier somit eine Fiction statt, die juristische Handlung des Stellvertreters wird als die Handlung des Vertretenen betrachtet .....“ und Note 29 dazu: „Die Annahme dieser Fiction gewährt meines Erachtens allein die befriedigende und ausreichende Construction der Verhältnisse, welche die Stellvertretung erzeugt.“

In gleicher Weise spricht sich Wächter (Württemb. P. R. II. S. 676) aus.

Hieher gehört ferner Laband (in Goldschmidt's Zeitschrift X. S. 226), welcher als charakteristisches Merkmal des Stellvertreters im Gegensatz zum Boten hervorhebt, daß der Stellvertreter selbst will; „bei der Hervorbringung des Contracts ist der Stellvertreter selbständig productiv thätig“.

Gleicher Ansicht ist Curtius (Arch. f. civ. Prax. 58 S. 70) „Stellvertreter ist Derjenige, welcher im Namen eines andern contrahirt. Hieraus ergibt sich der Unterschied vom Boten, der nicht selbst contrahirt, sondern dem Contrahenten dient.“

Auch die Formulirung von Ihering (Geist des röm. Rechts § 59) kann hiehergezählt werden, wonach die Stellvertretung auf einer Trennung von Ursache und Wirkung bei Rechtsgeschäften beruht; „die Ursache, die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung, das Recht auf die des Repräsentirten“.

Endlich sagt Seuffert (a. a. O. S. 59): „Der Stellvertreter steht als selbsthandelnd dem Nuntius gegenüber, der lediglich als Werkzeug der Verkündigung des Willens des Handelnden erscheint;“ und urgirt wird diese Auffassung neuerlich von Zimmermann (a. a. O. S. 41 sub. 3), sowie sie auch beiläufig Ausdruck und praktische Anwendung gefunden hat

bei Exner (Tradition S. 130 flg.), Brinz (krit. Blätter Nr. 2 S. 4), Pagenſtecher (Pand. Prakt. § 97 II.), Karlowa (das Rechtsgeſchäft und ſeine Wirkungen S. 55), Ihering (Jahrb. f. Dogm. IV. S. 54), Monroy (die vollmachtloſe Ausübung fremder Vermögensrechte S. 44), Römer (in Goldſchmidt's Zeitſchrift XIX. S. 69) u. a.

So findet dieſe Conſtruction in der Literatur eine große Anzahl von Vertretern, ſowie ſie bekanntlich auch allen bedeutenderen neueren Codificationen zu Grunde liegt, eine Beliebtheit, welche ſie hauptſächlich einer gewiſſen ihr innewohnenden Natürlichkeit verdankt. Denn daß der Stellvertreter wirklich etwas gethan hat, und daß der Vertretene dies nicht gethan hat, iſt Factum. Die dieſer Conſtruction ſo naheliegende Fiction aber hat ſich zu der Vorſtellung ausgebildet, daß der Stellvertreter den Principal vorſtelle, repräſentire, weshalb ſie mitunter auch Repräſentationstheorie genannt wird, welche Bezeichnung ich für das Folgende adoptire. Dieſe Vorſtellung hat insbeſondere auch im öſterr. a. b. G. B. Ausdruck gefunden:

§ 1017. Inſofern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorſtellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen.

Die Vertreter der Theorie Savigny's haben gegen die principielle Auffaſſung dieſer Theorie Widerſpruch erhoben. Derſelbe wird vor Allem darauf geſtützt, daß ohne Willenserklärung des Principals ſelbſt die Handlung des Stellvertreters ſchon nach allgemeinen Grundſätzen für ihn nicht wirkſam werden könne. So meint Canſtein S. 288: „Daß der Wille des Vertretenen den Vertrag begründe, beweiſt ſchon der Umſtand, daß der Grundſatz, jede rechtliche Wirkung knüpft ſich an den Urheber derſelben, keine Ausnahme leidet (?) und eine ſolche als geſetzlich normirt auch nirgends nachgewieſen werden kann.“ Ebenſo Hellmann (a. a. O. S. 14): „Ohne dieſe concrete Willenserklärung des Principals wäre die Willenserklärung des Stellvertreters wirkungslos. An ſich iſt ſie alſo auch hier unfähig, eine Rechtswirkung zu erzeugen. Die Willenserklärung des Principals iſt untrennbar davon, ſoll eine Rechtswirkung eintreten.“

Aber auch dieſes Argument erledigt ſich in gleicher Weiſe, wie wir oben die aus allgemeinen Grundſätzen gegen die Theorie Savigny's geſchöpften Einwendungen zurückweiſen mußten. Daß nur der eigene Wille des Principals für dieſen verpflichtend werden könne, iſt ein Grundſatz, der zwar im römiſchen Recht mit Bezug auf die vorwiegende Unzuläſſigkeit

der Stellvertretung wiederholt ausgesprochen ist [105]), deſſen Anwendbarkeit für das heutige Recht jedoch eben wegen der Zuläſſigkeit der Stellvertretung bezweifelt werden kann. Uebrigens liefert uns ſelbſt das römiſche Recht Beiſpiele, daß Jemand durch fremden Willen verpflichtet wird, ohne dazu auch nur eine allgemeine Einwilligung gegeben zu haben.

l. 1 § 5 D de ex. a°. 14, 1.

.... quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceat praeponere, an adhuc Juliani sententiam admittamus uidendum est; finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro utaris. Dicendum tamen erit, eo usque producendam utilitatem navigantium.

cf. l. 11 § 4 D de inst. a°. 14, 3.

In beiden Fällen wird poſitiv entſchieden, daß auch bei nicht ordnungsmäßig ertheilter Vollmacht doch unter Umſtänden eine Verpflichtung des Principals durch ſeinen ungetreuen Bedienſteten ſtattfinden könne, ein Satz, der mit obigem angeblichen Princip in ſchneidendem Widerſpruche ſteht. Aber auch in der Natur der Sache iſt dieſes Princip nicht begründet, ſowenig als jenes von der Unübertragbarkeit der Obligationen. [106]) Ich wenigſtens wüßte nichts Triftiges dagegen einzuwenden, wenn Jemand behaupten wollte, eben die Zuläſſigkeit der freien Stellvertretung bringe auch den Grundſatz mit ſich, daß man auch durch einen fremden Willen verpflichtet werden könne.

Ein weiteres angeblich aus der Natur der Sache geſchöpftes Argument macht Canſtein S 255 geltend. Anknüpfend an die Frage Buchka's „kann die Abſicht des contrahirenden Mandatars, den Principal zu verpflichten, von der eigenen Perſon aber die Obligation fern zu halten, rechtlichen Erfolg haben?" — frägt er weiter: „Kann ein Rechtsgeſchäft, das eine Widerrechtlichkeit, ein Unrecht, ein Verbrechen zum Gegenſtande hat, giltig zu Recht beſtehen? Und Unrecht, Widerrechtlichkeit iſt es, wenn man ſeine Verpflichtung von ſich abwendet und auf andere überwälzt; Verbrechen, Diebſtahl, oder wenigſtens eine dem Diebſtahl ähnliche Handlung iſt es, wenn man widerrechtlich und abſichtlich fremdes Vermögen vermindert" u. ſ. w. Indeſſen, trotz ſo viel Emphaſe wird

---

[105]) vgl. l 27 § 1 D. ad Sc. Vell. 16, 1; l. 2 D. de nox. a°. 9, 4, l. 3 § 4 D. qd. quisque iur. 2, 2; l. 4 § 17 D. de do. exc. 44, 4.

[106]) S. hiezu auch Laband (a. a. O. Not. 7.) Zimmermann S. 43 und mit beſonderer Energie Jhering, Geiſt II. 2 § 59.

jeder ſofort den logiſchen Fehler erkennen, der hier ſo offenſichtlich zu Tage liegt, daß es ermüdend wäre, ihn beſonders aufzuweiſen.[107])

Auch das erſcheint mir nicht als ſtichhältig, wenn man ſich, wie öfters geſchieht, gegen die zur Erklärung dieſer Theorie herangezogene Fiction wendet.[108]) Wer fingiren will und ſich bei Fictionen beruhigt findet, der möge es immerhin thun; ſo lange er damit zu richtigen Reſultaten kommt, gibt es keinen triftigen Grund, weshalb er es lieber hätte nicht thun ſollen. Ich kann daher in allgemeinen Axiomen des Rechts keine Schwierigkeit für dieſe Conſtruction erblicken, ſowenig als ich Savigny's Theorie an ſich undenkbar finden kann. Entſcheidend iſt aber nicht die Frage der abſtracten Denkbarkeit, ſondern die der concreten Richtigkeit und Brauchbarkeit einer Theorie, und in dieſer Beziehung werden wir uns auch durch die Repräſentationstheorie bei näherer Betrachtung nicht befriedigt finden.

Unzulänglich ſind zunächſt die praktiſchen Ergebniſſe, zu denen ſie hinſichtlich unſeres erſten Problems, des Verhältniſſes zwiſchen Tertius und Stellvertreter gelangt Denn da ſie zwar den Vertragsabſchluß als eine juriſtiſche Handlung des Stellvertreters auffaßt, die Wirkungen desſelben aber ſofort in der Perſon des Dominus entſtehen läßt, ergibt ſich für das Verhältniß zwiſchen Stellvertreter und Tertius ein Facit gleich Null, und wir ſtehen in dieſer Frage auf demſelben Standpunkt wie bei der Theorie Savigny's, welche den Stellvertreter gleich von vornherein dem Boten gleichſtellt. Ausdrücklich ſagt Laband (a. a. O. S. 230): „Bei der Stellvertretung ..... ſoll nach der Abſicht der Parteien nur ein einziges contractliches Verhältniß entſtehen, der Stellvertreter will ſich ſelbſt gar nicht verpflichten, der Dritte will dem Stellvertreter gegenüber gar keine Rechte und Pflichten übernehmen, ſondern direct dem Principal gegenüber." Ebenſo Zimmermann (S. 286), ferner Unger (II. S. 136): „Derjenige, der wirklich gehandelt hat, wird in Anſehung der juriſtiſchen Wirkungen ſeiner Handlung ſo angeſehen, als hätte er nicht gehandelt",

---

[107]) Theils eine Wiederholung dieſer Argumente, theils eine unerquickliche Argumentation aus Worten und Silben iſt es, was Canſtein in Grünhut's Zeitſchr. III S. 684 neuerlich hierüber vorbringt Hiezu kommt nur noch das eine Argument, daß bekanntlich mehrere Vollmachtgeber durch den Willen des einen Stellvertreters zu Correalſchuldnern werden können: wie kann ein Wille mehrere Perſonen verpflichten? Aber auch dieſe Thatſache wird die Vertreter der Repräſentationstheorie nicht allzuſehr erſchrecken.

[108]) So Zimmermann S. 41.

und der negative Inhalt dieſes Gedankens zieht ſich durch alle Ausführungen der Vertreter dieſer Theorie hindurch. Das Reſultat iſt wie bei der Theorie Savigny's: Der Stellvertreter kann ſich für die bei Abſchluß des Vertrags ihm ad personam widerfahrenen Beſchädigungen höchſtens am Dominus erholen. Wird daher der ſtellvertretende Negotiorum Geſtor bei Abſchluß eines Vertrags culpos verletzt und erfolgt die Ratihabition nicht, ſo iſt er ganz rechtlos. Ebenſo umgekehrt. Und wie iſt es, wenn der Stellvertreter gar keine Vollmacht hatte, oder dieſelbe überſchreitet? Es iſt bezeichnend für den Stand der Lehre und für den Grad von Conſequenz, mit welchem dieſe Theorie ſich den praktiſchen Reſultaten gegenüber durchſetzt, die Aufſtellungen der obgenannten Schriftſteller über dieſe Frage zuſammenzuhalten.

Diejenigen Schriftſteller, die den Muth haben, in dieſem Falle ihre Theorie nicht zu desavouiren, geſtehen rückhaltslos zu, daß in ſolchem Falle der Stellvertreter nicht hafte.

So erkennt Seuffert (Ratihabition § 14) — und dies iſt allein conſequent — dem Tertius lediglich die a°. doli zu, wo der Stellvertreter dolos gehandelt hat. Ebenſo Brinz krit. Blätter Nr. 2 S. 39.

Auch Laband (S. 232) meint, daß in ſolchem Fall ein Vertrag nicht zu Stande gekommen iſt, denn der Stellvertreter „wollte für ſeine Perſon ſich nicht verpflichten, und ebenſowenig wollte der Dritte ſich ihm gegenüber obligiren". Laband ſucht der Härte dieſes Reſultats dadurch zu entgehen, daß er ſich der Ihering'ſchen Theorie von der culpa in contrahendo in die Arme wirft.

Auch Windſcheid (Pand. § 74 Note 7a und 8) nimmt Haftung des Stellvertreters für das Daſein der Vollmacht nur inſoweit an, als er hiefür ausdrücklich oder ſtillſchweigend die Haftung übernommen hat.

Bei Curtius (Arch. f. civ. Prax 58, S. 98) findet ſich der vielverſprechende Satz: „Nicht, wie man häufig ſagt, die ausſchließliche Berechtigung und Verpflichtung des Herrn macht das Weſen der directen Stellvertretung aus. Vielmehr wird auch der Stellvertreter durch den Vertrag verpflichtet, aber nicht zur Erfüllung des Vertrags. Auch für ihn iſt der Abſchluß des Vertrags nicht rechtlich gleichgiltig, ſondern wirkungsvoll." Hienach hofft man reichliche Belehrung über das Verhältniß des Stellvertreters zum Tertius zu finden; aber Alles was man diesbezüglich erfährt, läuft darauf hinaus, daß der Stellvertreter die Obligation des Principals verſprochen habe, und demnach bei mangelnder Vollmacht, ob verſchuldet oder nicht, das negative Vertragsintereſſe erſetzen muß. „Auf

dieſe Fälle aber iſt die Haftung des Contrahenten im fremden Namen beſchränkt."

Ein fünftes Reſultat findet ſich bei Buchka (S. 238): „Wenn wegen mangelnden Mandats die rechtlichen Wirkungen des Vertrags nicht auf den Dritten bezogen werden können, auf deſſen Namen derſelbe abgeſchloſſen worden iſt, ſo fällt der Grund für die Befreiung des Mandatars von der Obligation fort. Er wird in dieſem Falle verpflichtet, weil er überhaupt nur inſoferne nicht als Contrahent angeſehen ſein will, als die von ihm als Mandanten bezeichneten Perſonen dafür gelten ſollen." [109])

Zimmermann endlich (S. 293) geſteht offen zu, daß die Verpflichtung des Stellvertreters aus dem Vertrag nicht abzuleiten iſt, und ſtützt ſich nur auf das Princip der bona fides, wonach der Stellvertreter dem dritten Contrahenten in subsidium auf Erfüllung des Vertrages haften ſoll.

Ihering (Jahrb. f. Dogm. IV. S. 54) möchte die von ihm erfundene Theorie der culpa in contrahendo hier in Anwendung bringen, macht aber deren Anwendung davon abhängig, ob man den Stellvertreter für den Contrahenten des Vertrags anſieht, oder den Dominus, da im letzteren Falle der Stellvertreter, der nicht Contrahent iſt, auch keine culpa in contrahendo begehen kann, wobei Ihering ſich für die erſtere Möglichkeit erklärt, ohne jedoch ſeiner Anſicht Beweis beifügen zu können. Nichts iſt vielleicht charakteriſtiſcher für den ſchwankenden und unſicheren Zuſtand der Stellvertretungslehre, als daß Ihering bei einer ſo wichtigen concreten Entſcheidung ſich ſo ſchwankenden Grundprincipien gegenüberſah.

Und was iſt der Grund dieſer unlösbaren Schwierigkeit? Kein anderer als der oben ſchon bezeichnete Satz des römiſchen Rechts, in deſſen Bann die ganze Stellvertretungslehre liegt, daß jeder Vertrag von einer einzigen Perſon abgeſchloſſen ſein muß und nur für eine Perſon wirken kann. Dieſer Satz führt unſere Schriftſteller alle zu der Anſicht, daß, da der Stellvertreter durch den von ihm abgeſchloſſenen Vertrag nicht principal auf Erfüllung verpflichtet wird, er auch gar nicht daraus

---

[109]) Dieſe Anſicht Buchka's iſt nicht ſowohl, wie Zimmermann a. a. O. Not. 393 meint, die Suppoſition eines Garantievertrages, obwohl Buchka dieſes Wort gebraucht, ſondern ein Zurückſinken auf den Standpunkt, daß der Vertreter der eigentliche Obligate ſei, der ſich nur mit exceptio doli ſchützen könne. Dies folgt aus den Worten: „fällt der Grund für ſeine Befreiung fort", ſowie aus der Annahme der Haftung auf Erfüllung.

verpflichtet ſein kann. Man entledige ſich dieſes Vorurtheils und alle Schwierigkeiten werden von ſelbſt ſchwinden.

Was das zweite der oben aufgeſtellten Probleme betrifft, ſo iſt zwar das Ergebniß richtig, daß die abſolute Handlungsfähigkeit ſich nach der Perſon des Stellvertreters richte. Dagegen käme man mit der Repräſentationstheorie zu dem unmöglichen Reſultat, daß auch die Form des Rechtsgeſchäfts nur nach der Perſon des Stellvertreters zu beurtheilen iſt, da ja blos *er* den Vertrag abſchließt. Man müßte denn etwa ſagen: Was die Rechtswirkungen des Vertrags anbelangt, iſt auch der ſtellvertretende Vertrag ein Vertrag des Principals, und darum iſt auch die Form, als unerläßliche Vorausſetzung der Rechtswirkungen, aus ſeiner Perſon zu beurtheilen.[110]) Damit würde aber in der That die Repräſentationstheorie ſich ſelbſt aufgeben; denn ſo gut als die Vertragsform ſind auch alle anderen Elemente des Vertragsabſchluſſes für die Rechtswirkungen weſentlich und man käme auf dieſem Wege dazu, die Perſon des Principals vollſtändig zum Contrahenten zu erheben. Sobald man alſo irgendwie den Principal ſchon bei Abſchluß des Vertrags in's Spiel zieht, gibt man die ganze Repräſentationstheorie auf; man erkennt dann an, daß der Principal doch den Vertrag abſchließt.[111])

Beſſer fügen ſich in dieſe Theorie die Reſultate ein, welche hinſichtlich des dritten Problems der Stellvertretung ſchon vom römiſchen Recht angedeutet worden, daß nämlich für den Inhalt des Geſchäfts in erſter Linie der Wille, Irrthum, bona und mala fides u. ſ. w. des Stellvertreters maßgebend ſind. In dieſer Richtung beſitzt ja auch dieſe Theorie viel Wahrheit; der Stellvertreter hat ja wirklich gewollt. Aber auch hier enthält ſie einige Procent Irrthum. Sie läßt nämlich den Willen des Stellvertreters ganz ausſchließlich für das Geſchäft maßgebend ſein, und erklärt darum einen Irrthum des Stellvertreters ſelbſt dann für ſchädlich, wenn der Stellvertreter in corpore irrte, der Dominus aber nicht, und dabei der Stellvertreter aus Verſehen den richtigen Willen des Dominus

[110]) Etwa wie *Laband* (S 226) — allerdings nicht in ſpecieller Beziehung auf dieſe Frage — es formulirt.

[111]) Es iſt vielleicht auch nicht ein bloßer Zufall, daß dieſe verfängliche Frage nach der Form der Verträge von den Vertretern der Repräſentationstheorie faſt durchwegs mit Stillſchweigen übergangen wird. Nur bei *Curtius* (S 88) findet ſich eine diesbezügliche Bemerkung, welche aber das Obengeſagte beſtätigt. *Laband* S 227 umgeht die Frage.

erklärte.[113]) Anſcheinend ſehr conſequent, aber ſchon dem römiſchen Rechte nicht entſprechend; man ſehe nur

l. 34 § 1 D de a. v. a. p. 41, 2.

sed si non mihi sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur? Et cum placeat ignoranti adquiri, poterit et erranti. Sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut adquiram possessionem.[114])

Es unterliegt nicht dem geringſten Anſtande, die Entſcheidung, die hier für den Beſitzerwerb gegeben wird, daß der ſpecielle Wille des Dominus jenen des Procurators erſetzt, für alle Rechtshandlungen anzuwenden.[115]) Er zeigt, daß die Repräſentationstheorie, indem ſie den Stellvertreter zum ausſchließlichen Paciscenten erhebt, viel zu weit geht. So wie ſie beim erſten Problem darin zu weit ging, daß ſie alle Wirkungen des Vertrags in die Perſon des Principals überwarf, geht ſie jetzt nach anderer Richtung zu weit, indem ſie alle Vorausſetzungen desſelben blos aus der Perſon des Stellvertreters normirt. Uebrigens iſt ſie hierin auch offenbar inconſequent; denn das muß ſie doch anerkennen, daß eine mala fides des Principals bei Specialaufträgen ſchadet. Wenn aber dies anerkannt wird, warum nicht auch jenes? Freilich war aber ſchon das Zugeſtändniß, daß mala fides dem Principal bei ſeinem Specialauftrag ſchadet, für ſie läſtig genug; es wurde daher auf die Gebote der bona fides zurückgeführt[116]), und, dem Princip zu liebe, nicht nach dem wahren Grunde und den analogen Aeußerungen dieſer Erſcheinung geforſcht.[117])

---

[113]) vgl. Schliemann in Goldſchmidt's Zeitſchrift XVI. S. 24, 28, Thöl H. R. S. 228. Exner Tradition S. 130, 131, Curtius a. a. O. S. 89.

[114]) Darum ſieht ſich auch Exner a. a. O. veranlaßt, in dieſer Entſcheidung eine „kaum zu rechtfertigende Singularität" zu finden, was jedoch nicht zu billigen iſt; ſ. unten § 33 sub I.

[115]) Die nothwendige Limitation dieſes Satzes ſ. unten § 33 sub IV. b.

[116]) So Curtius S. 91. — Windſcheid Band I. § 74 Not. 19 regiſtrirt die mit ſeiner Auffaſſung unvereinbare Thatſache, ohne ſie zu erklären.

[117]) Hier wäre ein Punkt geweſen, wo die Theorie Savigny's die Repräſentationstheorie mit Erfolg hätte angreifen können. Sie durfte es aber nicht thun und mußte ſich damit begnügen, anderer Anſicht zu ſein, weil ſie die Gegenfrage gewärtigen mußte, warum dann nicht jeder Irrthum des Vertreters, den der Vertretene nicht theilt, unſchädlich ſei, eine Thatſache, die ſie nicht beſtreiten (ſ. oben S. 94 flg.) aber auch nicht erklären konnte.

Führt die Repräſentationstheorie hier zu direct unrichtigen Entſcheidungen, ſo kommt ſie dagegen zu gar keiner Entſcheidung bezüglich der Frage, nach welchen Geſetzen ein Vertrag zu beurtheilen iſt, den der Stellvertreter unter der Herrſchaft eines am Wohnorte des Repräſentirten nicht geltenden Rechtes abſchließt. Denn auch hier wiederholt ſich, nur in umgekehrter Faſſung, die Frage, die wir ſchon gegenüber der Theorie Savigny's aufgeworfen haben: Iſt der Vertragswille des Stellvertreters, der die Rechtswirkungen in der Perſon des Dominus erzeugt, ein preußiſcher — wenn der Stellvertreter in Preußen handelte, — oder ein öſterreichiſcher, — wenn zugleich der Dominus in Oeſterreich wohnhaft war? Dieſe Frage wird auch dadurch nicht gelöſt, daß man mit Laband (a. a. O. S. 226) ſagt: „Der Wille und deſſen Erklärung ſind nach der Perſon des Stellvertreters, die aus der Willenserklärung hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten nach der Perſon des Vertretenen zu beurtheilen.“ Denn wie, wenn verſchiedene Dispoſitivgeſetze darüber verſchiedenes vorſchreiben, was bei einer beſtimmten Erklärung für gewollt anzuſehen ſei? Der Wille des Stellvertreters ſoll als Wille des Dominus wirken, aber welcher Wille? Blos die wörtliche Erklärung oder die Erklärung in ihrer am Ort der Handlung vorgeſchriebenen geſetzlichen Interpretation? Eines iſt ſo gut denkbar und mit der Repräſentationstheorie ſo gut zu vereinigen als das andere.

Daß die Auffaſſung, als ob der Stellvertreter das Rechtsgeſchäft ganz allein vornehme, nicht zutreffend iſt, zeigt ſich endlich ganz deutlich auch bei dem oben sub V bezeichneten Problem der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio. Auch hier muß natürlich die Repräſentationstheorie ihre Auffaſſung, u. zw. dahin vertreten, daß das Rechtsgeſchäft in ſeiner Totalität vom Stellvertreter erzeugt werde, und die Ratihabition nur darüber zu entſcheiden habe, ob die intendirten Wirkungen des Geſchäfts auch in der That Beſtand erhalten ſollen. Das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters ſoll alſo ein perfectes, die Ratihabition aber ein außer dem Rechtsgeſchäft ſtehender, rein einſeitiger Act ſein, welcher nicht für die Qualität, ſondern nur für die Realität des Rechtsgeſchäfts von Bedeutung iſt.[117]) Hieraus ließe ſich nun zwar das Problem, an dem die Theorie Savigny's ſcheiterte, nämlich wieſo es komme, daß der Tertius an das Rechtsgeſchäft mit dem Geſtor

[117]) Vgl ſtatt aller Zimermann, ſtellv. Neg. Geſtor S. 149 flg. Karlowa, das Rechtsgeſchäft S. 59 flg., wo dieſe Anſchauung mit der größten Entſchiedenheit durchgeführt iſt.

bis zur Ratihabition gebunden bleibe, immerhin erklären. Dafür liegen hierin zwei andere Schwierigkeiten.

Erſtlich iſt es klar, daß hiemit ein Rechtsgeſchäft ein perfectes genannt wird, deſſen Wirkungen noch völlig in der Luft hängen. Nun iſt freilich der Begriff der Perfection bei Rechtsgeſchäften ein ſchwankender und für einen anſcheinend verwandten Fall, das bedingte Rechtsgeſchäft, ſcheint ſich ja eine große Zahl der Schriftſteller der Anſicht zuzuneigen, daß dieſes auch vor Eintritt der Bedingung ein perfectes genannt werden könne, wobei man offenbar von dem Standpunkt ausgeht, daß die Parteihandlung beim bedingten Geſchäft eine vollkommen abgeſchloſſene, und die obſchwebende objective Ungewißheit nur eine Folge des beſonderen geeigenſchafteten Parteiwillens ſei.[118]) Andrerſeits darf aber doch nicht verkannt werden, daß hier zwiſchen dem bedingten und dem ratihabitionsbedürftigen Geſchäft noch ein großer Unterſchied beſteht. Denn während bei erſterem die Parteihandlungen bereits abgeſchloſſen ſind und die Contrahenten den Ausgang der Bedingung ruhig abwarten können, fehlt es beim letzteren gerade noch an der Parteihandlung. Erfolgt dieſe, welche ſich in der Ratihabition manifeſtirt, nicht, ſo iſt das ganze Geſchäft null und nichtig. Nun kann man aber doch, glaube ich, ohne dem Begriff der Perfection jede innere Wahrheit zu entziehen, ein Geſchäft nicht ein perfectes nennen, deſſen ganze Wirkſamkeit noch von einer Handlung eines Betheiligten abhängt; man wird vielmehr zur Perfection wenigſtens ſoviel verlangen müſſen, daß die Parteien alles, was von ihrer Seite zum Rechtsgeſchäft gehört, dazu gethan haben. Man wird demnach nicht zugeſtehen können, daß das ratihabitionsbedürftige Geſchäft vor der Ratihabition bereits perfect ſei.

Dieſe Schwierigkeit iſt demnach eine abſtracte, conſtructionelle. Indeſſen mit Abſtractionen kann man, wie bekannt, nur ſchwer Jemand widerlegen; der Begriff der Perfection iſt ja dehnbar und mit Worten läßt ſich zu trefflich ſtreiten, als daß wir dieſes Argument für unwiderſtehlich halten könnten. Unlöslich ſcheint mir dagegen die zweite Schwierigkeit, zu welcher die Repräſentationstheorie an dieſem Punkte gelangen muß.

Iſt nämlich das Rechtsgeſchäft des Geſtor wirklich, wie betont wird, ein in ſich abgeſchloſſenes, deſſen Wirkungen bereits völlig feſtgeſtellt ſind, und nur noch des ſchöpferiſchen Werde des Principals zu harren haben,

[118]) Obgleich es fraglich iſt, ob dies auch die römiſche Auffaſſung war l. 8 pr. D de per et comm. 18, 6.

dann liegt auf der Hand, daß das Rechtsgeſchäft auch ſo, und nur ſo in Wirklichkeit treten muß, wie es vom Geſtor vorgenommen wurde. Die Ratihabition des Principals iſt dann ein außer dem Rechtsgeſchäft liegender, einſeitiger Act, der weder zum Guten noch zum Schlimmen verändern kann, was der Stellvertreter an Rechtswirkungen bereits präformirt hat. Zu dieſer Conſequenz bekennen ſich denn auch Karlowa und Zimmermann ſehr entſchieden, wenn erſterer[119]) ſagt, die Ratihabition ſei „nicht auf Hervorbringung einer Wirkung, ſondern auf Entſcheidung, Feſtſtellung gerichtet"; ſie ſei „auch bezüglich des Eintritts der Rechtswirkung keine mitwirkende, ſondern nur entſcheidende Thatſache", während ſich bei letzterem[120]) die Aeußerung findet: „die Ratihabition bringt ja das Rechtsgeſchäft nicht erſt zur Exiſtenz, ſondern verleiht dem bereits vollſtändig exiſtenten Rechtsgeſchäft nur die beabſichtigte Wirkung".

Aber wohin kommt man mit dieſer Conſequenz? Der Geſtor hat einen verpflichtenden Vertrag bona fide geſchloſſen, welchen Dominus, obwohl derſelbe den Dritten ſchädigen muß, dolos oder culpos ratihabirt: ſo müßte nach Zimmermann und Karlowa dieſer ſein Dolus oder ſeine Culpa als nicht im Vertrag vorgekommen betrachtet werden, und würde daher für Culpa gar keine, für Dolus nur die ſubſidiäre und (ſchon wegen der kurzen Verjährungsfriſt) höchſt mangelhafte Haftung mit actio doli eintreten; denn die Wirkungen des Vertrags ſind ja bereits vom Geſtor vollkommen feſtgeſtellt, die Ratihabition iſt ja keine für den Inhalt des Rechtsgeſchäfts „mitwirkende" Thatſache. Sie iſt ein einſeitiges Rechtsgeſchäft und bei ſolchem haftet man ja Niemanden für Culpa! Dasſelbe gilt auch dann, wenn der Geſtor z. B. eine Sache ohne Kenntniß ihrer ädilitiſchen Mängel kauft und der Dominus mit Kenntniß dieſer Mängel ratihabirt. Auch hier wäre natürlich die a. redhibitoria vermöge des „bereits vollſtändig abgeſchloſſenen Geſchäfts" für den Dominus begründet und ſeine einſeitige Ratihabition könnte daran nichts ändern. Niemand wird bezweifeln, daß dieſe Reſultate unrichtig ſind und daß vielmehr der Vertretene auch durch Ratihabition eines Vertrags dem Mitcontrahenten gegenüber in die Verpflichtungen eintreten muß, die jedem Contrahenten obliegen.[121]) Dieſem Satz wird aber alle theoretiſche Baſis entzogen, wenn

[119]) a. a. O. S. 60, 61.

[120]) a. a. O. S. 151.

[121]) In der That muß die Repräſentationstheorie, wie bereits oben (S. 105) erwähnt wurde, hier auf die allgemeine bona fides recurriren, um ſich die actio

man das Rechtsgeſchäft ganz in der Perſon des Stellvertreters concentrirt und zwiſchen dieſem Geſchäft und der Ratihabition des Principals jede Brücke niederreißt, ſo daß dieſelbe als ein ganz außer dem Vertrage liegender, rein einſeitiger Willensact des Principals erſcheint. Denn dann iſt dieſelbe nur noch ein Act ſeiner ſouveränen Willkür, kraft deſſen er nur die vom Stellvertreter für ihn gedachten Rechte und Pflichten annimmt; ſein eigener Wille iſt dabei der rechtlichen Cynoſur enthoben, denn „er ſchließt ja nicht den Vertrag ab“. Er tritt alſo in die vom Stellvertreter begründete Situation nicht als Contrahent ein, der einen in Wahrheit noch nicht perfecten Vertrag erſt definitiv abſchließt, ſondern er tritt in dieſelbe ein gleich einem Rechtsnachfolger, der bereits feſtſtehende Rechte nur auf ſich übertragen läßt.

Aus alledem ergibt ſich, daß der Beitritt des Vertretenen ein weſentlicher Factor nicht blos für die Exiſtenz und Perfection, ſondern auch für den Inhalt des Rechtsgeſchäftes iſt und daß es abſolut nicht als zuläſſig angeſehen werden kann, die Rechtswirkungen allein aus der Perſon und dem Willen des Vertreters als „Alleinhandelnden“ herzuleiten.

Und hienach erſcheint auch die Repräſentationstheorie durchaus unfähig, die Probleme der directen Stellvertretung in befriedigender Weiſe zu löſen.

§ 13.

Das Zuſammenwirken des Vertreters und des Vertretenen.

Die vorſtehende Prüfung hat gezeigt, daß keine der herrſchenden Stellvertretungstheorien als befriedigend angeſehen werden kann. So wenig man in der Lage iſt, dieſelben aus allgemeinen Gründen zurückzuweiſen, ſo ſind ſie dennoch, theils wegen der Allgemeinheit und Abſtraction ihrer Faſſung zur Löſung concreter Fragen untauglich, theils führt der ihnen innewohnende Zug, die Totalität der juriſtiſchen Handlung und ihrer Elemente bei der Stellvertretung in einer einzigen Perſon zu concentriren, in concreto zu unrichtigen Reſultaten.

Die richtige Conſtruction der Stellvertretung, die wir nun zu ſuchen haben, ergibt ſich nach dem bisherigen faſt von ſelbſt Wenn es, wie wir ſahen, nicht genügt, den Stellvertreter als den Alleinhandelnden anzuſehen und den Vertretenen zu einer Null herabzudrücken, wenn es ebenſowenig

redhibitoria des Principals vom Leibe zu halten. Vgl. Curtius S 91, Sintenis Civ. R II. S 369 flg. Das heißt aber die Lücken einer mangelhaften Conſtruction mit Billigkeit verſtopfen.

angeht, in die Perſon des Dominus alles Schwergewicht zu legen und die Handlung des Stellvertreters zu einem bloßen Zeiger ſeines Willens zu machen, ſo bleibt nur noch die dritte denkbare Auffaſſung als möglich übrig, nämlich die: die vorhandene juriſtiſche Handlung zwiſchen dem Vertreter und dem Vertretenen zu vertheilen und das Rechtsgeſchäft durch ihr Zuſammenwirken entſtehen zu laſſen; mit anderen Worten, anzunehmen, daß nicht der Stellvertreter allein und nicht der Vertretene allein und ausſchließlich juriſtiſch handelt, ſondern daß ſtets ſie beide juriſtiſch wahrhaft handeln und beide Erzeuger des Rechtsgeſchäfts ſind.

Dieſer Grundſatz, zu welchem uns die Negation der beſtehenden Stellvertretungstheorien hindrängt, muß nun zunächſt auf ſeine principielle Denkbarkeit, ſodann auch auf ſeine concrete Richtigkeit, ſeine Eignung, die von uns aufgeſtellten Probleme der Stellvertretung in conſequenter und befriedigender Weiſe zu löſen, geprüft werden. Sollten wir ihn in beiden Richtungen haltbar befinden, ſo werden wir ihn wohl für die angemeſſene Conſtruction der durch die Stellvertretung gegebenen Verhältniſſe anſehen dürfen.

Indem wir hiemit zur eingehenderen Unterſuchung unſeres Princips der Theilung des rechtsgeſchäftlichen Willens zwiſchen Vertreter und Vertretenen übergehen, muß vor Allem noch hervorgehoben werden, daß wir innerhalb der Tragweite dieſes Princips und ſoweit dasſelbe nicht durch ſpäter zu erörternde Geſichtspunkte praktiſch modificirt wird, einen Unterſchied im Auftreten des Vertreters nach außen nicht anerkennen und demgemäß auch in der folgenden Erörterung nicht berückſichtigen werden. Das heißt: Es macht für die Richtigkeit und Anwendbarkeit des Grundſatzes, daß ſowohl Stellvertreter als Dominus juriſtiſch beim Rechtsgeſchäft mithandeln, keinen Unterſchied, ob der Stellvertreter ſich nach außen als ſelbſtwollend und ſelbſthandelnd manifeſtirt hat, oder ob er nach außen nur als Verkünder eines beſtimmten, präciſen Willens ſeines Principals aufgetreten iſt; oder wie die herrſchenden Bezeichnungen lauten, ob er als Stellvertreter im techniſchen Sinne des Worts, oder als Bote aufgetreten iſt. Dieſe Bemerkung richtet ſich vor Allem gegen die neueren Vertreter der Repräſentationstheorie, Laband, Schliemann und Zimmermann, welche das Auftreten des Vertreters nach außen immer als das entſcheidende Moment für die Behandlung der Stellvertretung anſehen, und daher auch in jenen Fällen, wo das Auftreten des Vertreters dem wahren Willensverhältniſſe nicht entſpricht — wo z. B. der als ſelbſthandelnd auftretende Stellvertreter nur einen beſtimmten Auftrag

ſeines Principals ausführt, oder wo umgekehrt der als Bote erſcheinende Vertreter in Wahrheit einen ſelbſtändigen Willensentſchluß faßt — dem wahren Sachverhalt keine Rechnung tragen, ſondern das Rechtsgeſchäft ſo behandeln, als hätte derjenige, der nach außen als wollend erſcheint — alſo im erſteren Fall des obigen Beiſpiels der Stellvertreter, im letzteren der Principal — auch wirklich den ganzen rechtsgeſchäftlichen Willen

Dieſer Lehre gegenüber ſoll ausgeführt werden, daß in beiden bezeichneten Fällen die wahre Vertheilung des Willens zwiſchen Vertreter und Vertretenen zu berückſichtigen iſt, und dies iſt der Grund, weshalb dieſe beiden Möglichkeiten im Folgenden gleichgeſtellt und unter einem behandelt werden; dieſelben ſind eben in dieſer Beziehung gleichartig. Nur ſoll hiemit nicht geſagt werden, daß deswegen das Auftreten des Vertreters in jeder Beziehung rechtlich irrelevant wäre, wie dies die Theorie Savigny's annimmt. In gewiſſer Hinſicht wirkt allerdings das äußere Auftreten des Vertreters für die Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts in maßgebender Weiſe, und auf dieſem Wege kann es allerdings geſchehen, daß die aus dem reinen Willensprincip ſich ergebende Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts durch das äußere Auftreten des Vertreters modificirt wird. Auch dies wird einen Gegenſtand der Unterſuchung bilden; es iſt aber wie geſagt blos eine theilweiſe Modification, nicht eine vollſtändige Ausſchließung unſeres obigen Grundſatzes, und dies verkannt zu haben, iſt der principielle und größte Fehler, welchen die Repräſentationstheorie begangen hat.

Um die hier angedeuteten Geſichtspunkte zur Klarheit zu bringen, wird nun im Folgenden

A. zunächſt der Satz, daß der Vertreter und der Vertretene das Rechtsgeſchäft durch gemeinſamen Willen erzeugen, begründet und in ſeinen Wirkungen verfolgt werden. Nach Feſtſtellung dieſes Princips wird

B. zu unterſuchen ſein, inwiefern die Anwendung dieſes Grundſatzes durch das Auftreten des Vertreters nach außen als Bote oder als Selbſthandelnder beeinträchtigt wird.

Zur Erleichterung des Verſtändniſſes werden die abſtracten Sätze mit Beiſpielen belegt werden. Hiebei bemerke ich, daß, weil das Princip sub A durch jenes sub B modificirt wird, bei Erläuterung des erſteren Princips nur ſolche Beiſpiele werden gewählt werden können, in denen dasſelbe nicht durch das letztere Princip modificirt erſcheint.

Nach Ausführung der sub A und B genannten Punkte im Einzelnen endlich wird eine kurze Ueberſicht des Zuſammenwirkens dieſer beiden

Principien gegeben werden. Die ausführliche Beſprechung der Wirkungen der Stellvertretung für den Vertretenen bleibt dem vierten Capitel dieſes Buches vorbehalten.

A. Die Vertheilung des Willens zwiſchen dem Vertreter und dem Vertretenen und die juriſtiſche Wirkſamkeit dieſer Willenstheilung.

Wie jede Größe in unendlicher Weiſe getheilt gedacht werden kann, ſo läßt ſich auch der Wille, daß ein beſtimmtes Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen werden ſolle, vom rein pſychologiſchen Standpunkt aus in unendlich zahlreichen Variationen zwiſchen dem Vertreter und dem Vertretenen getheilt denken. Das berühmte Beiſpiel Savigny's möge zur Erläuterung dienen Wenn der Principal durch den Vertreter ein Pferd um einen gewiſſen Preis und unter gewiſſen Modalitäten kaufen läßt, ſo iſt es zunächſt möglich, daß der Principal ſowohl das Pferd als den Preis und die Modalitäten genau und unbedingt feſtſtellt, ſo daß dem Vertreter nichts mehr zu thun übrig bleibt, als dieſen Entſchluß zu erklären; es kann aber auch ſein, daß der Principal zwar das Pferd und den Preis, nicht aber die Modalitäten des Kaufs, oder einige derſelben, aber nicht alle feſtgeſetzt hat, ſo daß der Vertreter über die Modalitäten Beſchluß faſſen muß; es kann ferner ſein, daß er zwar das Pferd, aber nicht den Preis beſtimmt hat, oder daß er dem Stellvertreter auch die Wahl zwiſchen mehreren Pferden gelaſſen hat u. ſ. f. So ergibt ſich eine Reihe von Theilungsmöglichkeiten, deren Endpunkte auf der einen Seite ein vollkommen präciſirter und unbedingter Wille des Vertretenen mit (concreter) Willensloſigkeit [133]) des Vertreters, auf der andern Seite ein vollkommen präciſirter und unbedingter Wille des Vertreters mit (concreter) Willens-

[133]) Concrete Willensloſigkeit des Vertreters das heißt: der Vertreter hat nicht den Entſchluß gefaßt, daß dieſe oder jene Rechtsveränderung eintreten ſolle, er hat nicht den concreten Inhalt ſeiner Erklärung beſchloſſen. Sein Wille iſt daher für den Inhalt des Rechtsgeſchäfts gar kein Wille Allerdings aber hat auch er einen Willen, nämlich den Willen, die Erklärung zu beſchaffen, und inſofern er hiemit zwar nicht den Inhalt, wohl aber die Exiſtenz des Rechtsgeſchäfts (mit) beſchloſſen hat, iſt auch ſeine Thätigkeit eine rechtsgeſchäftliche Dies wird zwar nicht für den Inhalt des Rechtsgeſchäfts, wohl aber in anderer Beziehung, und zwar von ſehr weittragender Bedeutung, ſo namentlich für die perſönliche Haftung eines ſolchen Vertreters, insbeſondere für Mangel der Vollmacht, ſiehe unten § 18 sub A.

loſigkeit [123]) des Principals darſtellt. Dazwiſchen ſind zahlloſe Mittelglieder denkbar, welche ohne ſcharfe Grenze in einander überlaufen, und das gemeinſam haben, daß bei ihnen ſowohl der Principal als der Vertreter pſychologiſch einen Theil des fertigen Entſchluſſes zum Rechtsgeſchäft herſtellt.

Dies iſt zunächſt nur die rein factiſche, pſychologiſche Seite der Sache. Es frägt ſich nun, ob dieſe pſychologiſche Theilung des Willens auch juriſtiſch denkbar iſt.

Zu einer Unterſuchung dieſer Frage ſind wir gezwungen durch die eigenthümliche Richtung, welche, wie bereits erwähnt, neuerdings die Repräſentationstheorie in dieſer Beziehung eingeſchlagen hat. Die Vertreter dieſer Theorie lehnen nämlich eine Theilung des Willens zwiſchen Principal und Vertreter durchwegs ab. Dieſe Ablehnung erfolgt theils ſtillſchweigend, durch Aufſtellung entgegenſtehender Grundſätze, theils ausdrücklich, mit vollem Bewußtſein und mit Motivirung.

Stillſchweigend und ohne eine tiefere Begründung zu geben, wird jede Theilung des Willens zwiſchen Vertreter und Vertretenem ausgeſchloſſen von Laband und Schliemann. Beide ſtellen nämlich die Beurtheilung des ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfts lediglich auf das Auftreten nach außen ab. Iſt der Vertreter nach außen als ſelbſthandelnd aufgetreten, ſo iſt das Rechtsgeſchäft lediglich nach ſeiner Perſon zu beurtheilen, mag er auch in Wahrheit ganz willenlos geweſen ſein und nur einen beſtimmten Auftrag des Principals vollzogen haben. [124]) Irrt daher der Vertreter, ſo iſt in ſolchem Fall das Rechtsgeſchäft ungiltig, auch wenn der Principal nicht geirrt hatte und der Stellvertreter ſeinen Willen richtig erklärt. [125]) Tritt umgekehrt der Vertreter nach außen als Ueber-

[123]) Concrete Willensloſigkeit des Principals, das heißt der Principal hat nicht den Inhalt des Rechtsgeſchäfts beſchloſſen; ſein Wille iſt daher in dieſer Beziehung gleichgiltig. Ganz ohne Willen iſt der Principal auch hier nicht; er hat nämlich den allgemeinen Willen, daß für ihn Rechtsveränderungen eintreten ſollen. Ohne ſolchen Willen wären Rechtswirkungen für ihn nicht möglich. Dieſer allgemeine Wille iſt es, was uns in der generellen Vollmacht, der generellen Ratihabition entgegentritt.

Man ſieht hienach: das ſtellvertretende Rechtsgeſchäft ſetzt ſich in allen Fällen aus einem Willen des Vertreters und einem ſolchen des Vertretenen zuſammen. Ganz ohne Willen eines dieſer beiden kann dasſelbe überhaupt nicht zu Stande kommen.

[124]) Laband a. a. O. S. 190.

[125]) So Laband S. 277. Curtius a. a. O. S. 88 Windſcheid Pand. § 73 S 194 flg. Brinz Pand. S. 1612, vgl. auch oben S. 104 a. E.

bringer eines beſtimmten Willens des Principals auf, ſo iſt das Rechtsgeſchäft lediglich nach dem Willen des Principals zu beurtheilen, mag auch innerlich der Bote den concreten rechtsgeſchäftlichen Entſchluß für den Principal gefaßt haben und dieſer vollſtändig willenlos geweſen ſein. Es tritt alſo der willenloſe Principal für die Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts als Hauptperſon hervor, während der wollende Bote hinter ſeiner Botenqualität ſpurlos verſchwindet.[136])

Hiemit iſt implicite gegeben, daß Laband und Schliemann die Theilung des Willens zwiſchen Stellvertreter und Principal zu einer Berückſichtigung nicht für geeignet halten. Je nach dem äußeren Abſchluß des Rechtsgeſchäfts erſcheint ihnen ſtets entweder der Wille des Principals oder der des Stellvertreters ausſchließlich maßgebend.

Während dieſe Schriftſteller ihre unſerem Princip entgegenſtehende Anſicht nicht näher begründet haben, findet ſich bei Zimmermann, welcher den Genannten mit großer Entſchiedenheit beitritt[137]), eine Reihe von Aeußerungen, welche als Erklärung ſeiner Anſchauungen angeſehen werden können.

In erſter Linie können hieher die Ausführungen bezogen werden, mit denen Zimmermann die Auffaſſung Windſcheid's, wonach der Bote Stellvertreter in der Erklärung ſein ſoll, zu widerlegen trachtet. Diesfalls finden ſich bei Zimmermann[138]) folgende Aeußerungen:

„Die hergebrachte Zerlegung des Rechtsgeſchäfts in (Willens- und Willensäußerungs-)Fähigkeit, Willensentſchluß und Willensäußerung iſt lediglich eine gedachte Sonderung der einzelnen rechtsgeſchäftlichen Erforderniſſe, nicht eine Unterſcheidung von concret auseinandertretenden Momenten. Mit anderen Worten: jene drei Requiſite ſind nur drei verſchiedene Qualitäten desſelben Dings: des Willensactes. Das gilt auch von den beiden Momenten des Willensentſchluſſes und der Willensäußerung. Juriſtiſch iſt ein Willensentſchluß nur als ein von dem Wollenden geäußerter vorhanden; umgekehrt kann juriſtiſch Nichts Willensäußerung einer gewiſſen Perſon genannt werden, was nicht Aeußerung eines eigenen Willens iſt. Eine Vertheilung von Willensentſchluß und Erklärung auf verſchiedene Perſonen iſt daher gerade ſo unmöglich, wie die Vertheilung

---

[136]) Schliemann in Goldſchmidt's Zeitſchr. XVI. S. 15 flg.

[137]) Stellv. nog gestlo S. 21 flg. Namentlich S. 23 ſtellt Zimmermann für den beſchließenden Boten den Satz auf, „die rein ſeeliſchen Ent- und Beſchlüſſe des Boten bleiben gänzlich außer Betracht."

[138]) a. a. O. S. 17

von Willensfähigkeit und concretem Willensentſchluß, oder von Willensäußerungsfähigkeit und concreter Willensäußerung."

Was wir von dieſer Deduction als beſonders bezeichnend hervorheben müſſen, ſind die Worte „nichts kann juriſtiſch Willensäußerung einer gewiſſen Perſon genannt werden, was nicht Aeußerung eines eigenen Willens iſt". Hieraus ergibt ſich ſofort, daß der Wille zu einem Rechtsgeſchaft — und zwar natürlich der ganze Wille — nach Zimmermann's Anſicht in der Perſon desjenigen geſucht werden muß, der ihn als den ſeinigen äußert. Hiedurch iſt jede Theilung des rechtsgeſchäftlichen Willens für Zimmermann ausgeſchloſſen.

Und hiemit ſtimmen die Bemerkungen Zimmermann's ebenda S. 38—40 vollkommen überein. So namentlich die Worte (S 40): Iſt der Contract vom Stellvertreter auf Grund einer ſpeciellen Bevollmächtigung abgeſchloſſen ....., ſo hat auch hier nur er den juriſtiſch entſcheidenden, den rechtsgeſchäftlichen Entſchluß gefaßt.

In dieſer Kette nun liegen zwei Glieder, welche unrichtig ſind und den falſchen Schluß, zu welchem Zimmermann hier gelangt, vermitteln. Dies ſind erſtens die Worte: ein Willensentſchluß ſei nur als ein vom Wollenden geäußerter vorhanden. Dieſe Worte ſind ganz richtig, wenn man ſie dahin verſteht, daß ein Wille, der nicht zur Aeußerung gelangt iſt, juriſtiſch von keiner Bedeutung iſt, ſie werden aber ſofort unhaltbar, wenn man ſie, wie Zimmermann offenbar thut, dahin erweitert, daß der Willensentſchluß, um juriſtiſch von Bedeutung zu ſein, vom Wollenden ſelbſt und perſönlich geäußert werden müſſe, und nicht von einem Stellvertreter als deſſen angeblich für den Principal gefaßter Wille geäußert werden könne, ohne deswegen ſeine Eigenſchaft, Wille des Principals zu ſein, zu verlieren. In dieſem Sinne verſtanden ſteht der Satz ganz beweislos da und iſt nicht der geringſte Grund für ſeine Giltigkeit einzuſehen.

Und ebenſo unrichtig iſt zweitens das durch Umkehrung dieſes Satzes gewonnene Reſultat: Nichts könne juriſtiſch Willensäußerung einer gewiſſen Perſon genannt werden, was nicht Aeußerung eines eigenen Willens ſei.

Die Unrichtigkeit dieſer Sätze ergibt ſich aus nachſtehender Erwägung:

Zimmermann geht bei ſeinen Deductionen von dem Satze aus, daß nur der geäußerte Wille und nur die gewollte Aeußerung geeignet ſeien, ein Rechtsgeſchäft zu erzeugen. Dieſe Requiſite vermißt Zimmermann bei der Vertheilung der rechtsgeſchäftlichen Erforderniſſe auf ver-

ſchiedene Perſonen; und hierin findet er ein Argument gegen die Möglichkeit dieſer Vertheilung überhaupt.

Nun hat aber der Satz, daß nur der geäußerte Wille und die gewollte Aeußerung rechtlich von Bedeutung werden können, doch nur die Bedeutung, daß einerſeits keinem Entſchluſſe rechtliche Wirkſamkeit zugeſprochen werden kann, welcher nicht erſichtlich in die Außenwelt getreten iſt, andrerſeits auch einer Erklärung nur dann Folgen beigelegt werden können, wenn dieſelbe innerlich von einem Willensentſchluſſe des Individuums getragen iſt; daß alſo weder rein internen Plänen und Abſichten ohne Aeußerung, noch rein zufälligen Aeußerungen ohne Abſicht Rechnung getragen werden kann. Vielmehr muß der Wille mit der Erklärung in einem juriſtiſchen Cauſalzuſammenhang ſtehen und mit ihr übereinſtimmen, ein Satz, der aus dem Weſen der Rechtsordnung als einer Ordnung der äußeren Verhältniſſe des Menſchen, aber auf der inneren ethiſchen Grundlage des Willens von ſelbſt folgt. Daraus aber, daß hienach Wille und Erklärung, ihr Cauſalzuſammenhang und ihre Uebereinſtimmung, weſentlich Requiſite des Rechtsgeſchäfts bilden, kann nicht auch ohne Weiters gefolgert werden, daß deshalb Wille und Erklärung immer in derſelben Perſon zuſammenfallen müßten; daß alſo, wenn der Stellvertreter nach außen erklärend auftritt, nun juriſtiſch blos ſein Wille dem Rechtsgeſchäft zu Grunde gelegt werden könne und umgekehrt, wenn der Principal als erklärend hingeſtellt wird, nun ſein Wille für dasſelbe allein maßgebend ſei, ſo daß im erſten Fall die Willensthätigkeit des Principals, im zweiten die des Vertreters ganz ignorirt werden müßte. Dieſe Folgerung iſt nicht nur in keiner Weiſe nothwendig, ſondern ſogar ganz unmöglich. Denn wenn derjenige, welcher nach außen als ſelbſtbeſchließend erſcheint — ſei es nun Stellvertreter oder Principal — in Wahrheit nichts beſchloſſen hat, ſondern ſich nur den Willen des andern Theiles ſuggeriren läßt, ſo iſt ja doch dieſer letztere Wille zur Erklärung gelangt, er iſt der juriſtiſche Grund dieſer Erklärung. Die erklärende Perſon hat ja in ſolchen Fällen gar keinen Willen, den man der Erklärung zu Grunde legen könnte; Zimmermann ſtatuirt alſo mit ſeiner Lehre Rechtsgeſchäfte, die nur aus Erklärung ohne Willen beſtehen. In derartigen Fällen iſt alſo nur zwiſchen jenem nach außen nicht appartirenden Willen und der gegebenen Erklärung jener juriſtiſche Cauſalzuſammenhang begründet, welcher allein dem Rechtsgeſchäft Conſiſtenz verleihen kann.

Man ſetze nur den Fall: der Stellvertreter erklärt in Folge ſpe-

ciellen Auftrags: Ich kaufe das Pferd X, oder erklärt mit allgemeiner Vollmacht: Mein Herr kauft X; im ersteren Fall habe der Stellvertreter, im letzterem Fall habe der Vertretene von der Existenz und Beschaffenheit des Pferdes überhaupt keine eigene Kenntniß; wird man da wirklich die Ansicht festhalten dürfen, es sei „juristisch" ihr Willensentschluß, der den Vertrag zu Stande bringe? Wird da nicht der Begriff des Willens unter der Hand mit jenem der Erklärung vertauscht? Man vergesse nur nicht, daß der Wille etwas Reelles, der Erklärung zu Grunde liegendes ist, nicht dasjenige, das der dritte aus der Erklärung herausliest, sondern was die Erklärung in Wahrheit erzeugt haben muß und ihren Inhalt bestimmt.

Es kann also auch juristisch nur jener Wille für das Rechtsgeschäft durch Stellvertreter maßgebend sein, der dasselbe psychologisch erzeugt hat; einen andern Willen, nach welchem dasselbe zu beurtheilen wäre, wird man überhaupt nicht finden; ein vom psychologischen verschiedener „juristischer Wille" ist ein Phantom ohne Realität.

Zimmermann fehlt darin, daß er den Satz, daß Wille und Erklärung zusammenfallen müssen, der sich doch offenbar nur auf den Inhalt des Willens und der Erklärung bezieht, auch auf die Personen ausdehnt, welche den Willen zufällig erklären. Hiemit wird zunächst das Unwesentliche für wesentlich erklärt. Denn wesentlich ist für das Rechtsgeschäft blos der Inhalt der Willenserklärung, nicht auch der Umstand, ob der Vertreter oder der Principal dieselbe beschlossen habe Das ist zunächst für das Geschäft Nebensache. Hat daher der nichtwollende Stellvertreter den concreten Willen des Principals als eigenen Beschluß erklärt, so genügt es, wenn jener concrete Principalswille mit der Erklärung übereinstimmt; denn dann ist ein concreter Wille und eine mit demselben im Causalzusammenhang stehende Erklärung vorhanden, also Alles, was zum Rechtsgeschäft wesentlich ist; Nebensache ist es, daß dieser Wille nicht vom Erklärenden selbst gefaßt ist. Zimmermann's Ansicht führt aber auch dazu, Wesentliches für unwesentlich zu halten. Zimmermann meint nämlich, der Wille desjenigen, der nicht als Erklärender aufgetreten sei, komme für das Rechtsgeschäft gar nicht in Betracht. Auch dies ist falsch. Der Wille, dem eine rechtliche Erklärung ihre Entstehung verdankt, muß immer zur Beurtheilung der Wirkungen dieser Erklärung herangezogen werden. Denn nur ein wahrer und rechtlicher Wille soll rechtliche Wirkungen erzeugen können; darum muß zur Prüfung, ob ein

ſolcher Wille vorhanden iſt, auf den concreten, wahren Entſchluß, welcher der Erklärung zu Grunde liegt, zurückgegangen werden; nicht auf jenen Scheinwillen, der blos äußerlich der Erklärung zu Grunde zu liegen ſcheint, in Wahrheit aber mit ihr nichts zu thun hat. Hat alſo der als Bote auftretende Stellvertreter ſelbſt den rechtsgeſchäftlichen Entſchluß gefaßt, ſo wird man nicht, wie Zimmermann (S. 23) meint, ſeine „rein ſeeliſchen Ent- und Beſchlüſſe gänzlich außer Acht laſſen" müſſen, man wird im Gegentheil, in Erwägung, daß er die Erklärung beſchloſſen hat, ſeinen Willen einer Prüfung unterziehen müſſen, und z. B. ſeinem Dolus, ſeiner mala fides bei Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts die gehörige Würdigung angedeihen laſſen.

Die Unrichtigkeit der gegentheiligen Anſicht ergibt ſich am beſten durch Hinweis auf die praktiſchen Conſequenzen derſelben.

Nach Anſicht der Repräſentationstheorie muß, wenn der Stellvertreter als ſelbſthandelnder auftritt, er den correcten rechtsgeſchäftlichen Willen haben, iſt er bei ſeiner Erklärung im Irrthum, ſo iſt dieſelbe auch dann wirkungslos, wenn ſie einem concreten Willen des Principals vollkommen entſpricht. Hat alſo der Stellvertreter den Auftrag, das Pferd Y zu kaufen und erklärt Y, welches er aber irrig für X hält, ſo iſt der Kauf ungiltig. Die Unrichtigkeit dieſes Reſultats iſt bereits oben (S. 105) an der Hand der Quellen nachgewieſen worden. Es iſt vielmehr in dieſem Fall der Vertrag giltig, weil die Erklärung von demjenigen, für den ſie wirken ſollte, ſo wie ſie vorliegt, gewollt und veranlaßt iſt, und der Irrthum des Stellvertreters etwas Zufälliges und Nebenſächliches iſt.

Tritt ferner der ſelbſtbeſchließende Vertreter als Bote auf, ſo wäre nach der hier bekämpften Anſicht ſein Wille ganz und gar nicht zu berückſichtigen. Sein Dolus, ſeine mala fides, ſeine scientia wären jeder rechtlichen Cynoſur entzogen, obwohl nur ſein doloſer Wille es iſt, der den Vertrag perficirt hat. Es ſtünde alſo im Belieben des Stellvertreters, ſeine Willensmängel dadurch unſchädlich zu machen, daß er als Bote auftritt. Ein gewandter Advocat, der die neueſten Theorien über Stellvertretung geleſen hätte, würde nicht verfehlen, dieſe Möglichkeit in bedenklichſter Weiſe auszunützen. Dieſes Reſultat richtet ſich ſelbſt.

Hiemit hoffe ich die Anſchauung der Repräſentationstheorie, nach welcher nicht ſowohl der wahre, als der ſcheinbare, nach außen hin apparirende Wille dem ſtellvertretenden Rechtsgeſchäft unter allen Umſtänden zu Grunde gelegt werden ſoll, hinreichend zurückgewieſen und unſerm Satze, daß die pſychologiſche Theilung des Willens zwiſchen dem

Stellvertreter und dem Vertretenen auch juriſtiſch zur Geltung gebracht werden müſſe, Raum geſchaffen zu haben.

Wir können alſo nun mit Beruhigung den Rechtsſatz aufſtellen, daß bei den durch Stellvertreter abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäften weder der Principal, noch der Stellvertreter eo ipso als der Alleinhandelnde anzuſehen iſt, ſondern Jeder inſoweit handelt, als ſein concreter Wille es iſt, welcher die Erklärung als ihr juriſtiſcher Beſtimmungsgrund veranlaßt, und in derſelben zum Ausdruck gelangt. Soweit hienach Stellvertreter oder Principal das Rechtsgeſchäft gewollt haben, inſoweit iſt die Giltigkeit und Wirkſamkeit des Geſchäfts nach dem Willen des Betreffenden zu beurtheilen. Es kann daher bei der juriſtiſchen Normirung der Wirkungen eines einzelnen Rechtsgeſchäfts ſowohl der Wille des Principals, als jener des Stellvertreters in Betracht kommen.

Zur Veranſchaulichung ſoll dieſes Princip nun in concreto zur Anwendung gebracht werden.

Hiefür erſcheint es vor Allem wünſchenswerth, die zahlreichen Möglichkeiten der Willensvertheilung zwiſchen Principal und Stellvertreter in ein gewiſſes Schema zu bringen. Ein ſolches kann natürlich nicht ſehr detaillirt aufgeſtellt werden, weil, wie bereits oben bemerkt, die einzelnen Spielarten der Willensvertheilung ohne beſtimmte Grenzen in einander überfließen. Nur drei Typen von Fällen laſſen ſich ſtreng von einander ſcheiden.

1. Der erſte dieſer Typen iſt der, daß der Vertretene dem Vertreter einen ganz präciſen, unbedingten Auftrag gibt, welchen dieſer nur auszuführen braucht.

Liegt dieſer Fall vor, ſo iſt der Wille des Vertretenen für die vom Vertreter abgegebene Erklärung cauſalbeſtimmend geweſen. Die Erklärung iſt alſo zunächſt nach ſeinem Willen zu beurtheilen, denn dieſer Wille hat ſie cauſal veranlaßt; er muß alſo auch mit dieſer Erklärung übereinſtimmen; und es genügt, wenn dies der Fall iſt, der Wille des Vertreters iſt (ſoweit nicht das unten zu beſprechende zweite Rechtsprincip modificirend einwirkt) Nebenſache.

Es iſt zwar auch in ſolchem Falle möglich, und praktiſch ſogar regelmäßig, daß der Vertreter von dem vorzunehmenden Rechtsgeſchäft ein Bewußtſein hat; er wird dasſelbe, dafern er überhaupt verſtandesfähig iſt, durch den Auftrag des Principals eben von ſelbſt erhalten. Dieſes Bewußtſein iſt es, welches die Repräſentationstheorie bei dem ſpeciell beauftragten ſogenannten „Stellvertreter“ im engeren Sinn — im Gegenſatz zum Boten — zu ihrem „allein maßgebenden Willen des

Stellvertreters" erhebt. In Wahrheit iſt aber gerade dieſes Bewußtſein etwas ganz nebenſächliches, irrelevantes; es iſt nur ein *Wiſſen*, nicht ein *Wollen* des Inhalts beim Rechtsgeſchäft. Denn der Vertreter mit Specialauftrag beſchließt ja gar nicht den Inhalt des Rechtsgeſchäfts; ſein Bewußtſein iſt nicht juriſtiſche Cauſalbeſtimmung des Rechtsgeſchäfts; *er erklärt nicht, weil er die Erklärung will, ſondern weil ihn der Principal beauftragt hat.* Aus dieſem Grunde iſt ein richtiges rechtsgeſchäftliches Bewußtſein in ſeiner Perſon ganz unnöthig — mag er übrigens als Stellvertreter (im techniſchen Sinn) oder als Bote aufgetreten ſein.

2. Der zweite Typus iſt der, daß der Vertretene gar keinen präciſen, rechtsgeſchäftlichen Willen beſitzt, ſondern lediglich die Vollmacht gibt, während der Vertreter den ganzen rechtsgeſchäftlichen Entſchluß faßt. In dieſem Fall iſt wieder lediglich der Wille des Vertreters Cauſalbeſtimmung des Rechtsgeſchäfts, nur dieſer Wille hat die Erklärung veranlaßt, ſie kann nur nach dieſem Willen beurtheilt werden. Und ſie *muß* nach dieſem Willen beurtheilt werden; denn andernfalls läge dieſer Erklärung gar kein Wille zu Grunde — der allgemeine Vollmachtswille des Principals hat ja keinen concreten Inhalt, ohne ſolchen Willensinhalt iſt aber ein Rechtsgeſchäft nicht denkbar. Die Repräſentationstheorie freilich kommt für den Fall, daß der beſchließende Vertreter äußerlich als Bote aufgetreten iſt, zu dem Reſultat, daß ſein Wille irrelevant bleibt; da aber in dieſem Fall auch der Principal keinen Willen hat, ſo wird hier in der That eine Erklärung als wirkſam angenommen, welche juriſtiſch von gar keinem Willen getragen iſt. Die Folge iſt, daß, wie geſagt, die Repräſentationstheorie in ſolchen Fällen dolus, scientia, mala fides u. ſ. f. des beſchließenden Vertreters ignorirt. [137])

3. Den dritten Typus bilden jene Fälle, in welchen ſowohl Vertreter als Vertretener einen concreten rechtsgeſchäftlichen Willen hatten, aber jeder nur einen theilweiſen.

Die Theilungsmodalitäten ſind hier wieder ſehr verſchiedene, ohne daß ſich hiefür genauere Anhaltspunkte geben ließen. Nur *eine* wichtigere Untertheilung dieſer Gruppe möchte hervorzuheben ſein.

a) Es iſt möglich, daß der Wille, das Rechtsgeſchäft vorzunehmen, zwiſchen Principal und Vertreter rein quantitativ getheilt iſt, indem jeder einen aliquoten Theil des rechtsgeſchäftlichen Willensentſchluſſes unbedingt

[137]) S. ſtatt aller *Zimmermann* S. 23

gefaßt hat. Z. B. der Vertretene beſtimmte das Kaufobject, der Vertreter den Preis, jener beſtimmte den Gegenſtand des Vertrags, dieſer die Modalitäten u. ſ. f. Dieſe Theilung iſt ſozuſagen eine extenſive Theilung des Willens.

b) Es kann aber auch ſein, daß der Vertretene dem Vertreter einen völlig beſtimmten, aber nicht unbedingten Willen anheimſtellte, welchen dieſer blos je nach Umſtänden zur Unbedingtheit zu erheben hat. Z. B. der Vertretene gibt dem Vertreter Gegenſtand und Preis des Kaufes an, läßt ihm aber die Entſcheidung, ob er dieſen Willen wirklich erklären wolle; oder er gibt ihm mehrere Kaufsobjecte an und jener ſoll wählen, welches er wirklich kaufen will u. ſ. w. In dieſen Fällen iſt der Wille des Vertretenen ein präciſer, aber bedingter; der Wille des Vertreters geht dahin, jenen Plan zum unbedingten Entſchluß zu erheben. Dieſe Theilung des Willens iſt alſo eine intenſive.

Natürlich kann extenſive und intenſive Willenstheilung auch in einem Rechtsgeſchäft vereinigt ſein.

Die Behandlung dieſer beiden Fälle iſt wieder eine verſchiedene.

ad a) Iſt der Wille extenſiv getheilt — ſo z. B. gab der Principal dem Vertreter den Auftrag, ein beſtimmtes Pferd zu kaufen, aber den Kaufpreis ſelbſt feſtzuſetzen, ſo hat hinſichtlich des Pferdes der Vertreter nicht den Vertragswillen, ſondern er will nur den Willen des Dominus erklären; dieſer hat alſo hinſichtlich des Pferdes die Erklärung durch ſeinen Willen cauſal beſtimmt, daher bezüglich des Pferdes nur auf ſeinen Willen, Irrthum, Dolus pp. zu ſehen iſt. Nur bezüglich des Preisaccords iſt der Wille des Stellvertreters für den Vertrag maßgebend.[180]) Im Uebrigen aber will er die Beſtimmung des Kaufobjects gar nicht, daher hier kein dolus, scientia pp. (z. B. ſeine Kenntniß von Mängeln des Kaufobjects) nicht zur Wirkſamkeit gelangen.

Gibt demnach der Principal dem Stellvertreter den Auftrag, ein beſtimmtes Pferd unbedingt zu kaufen, ſo daß dieſer nur den Preis hiefür zu accordiren hat, ſo präjudicirt es dem Principal durchaus nicht, wenn der Stellvertreter die Mängel des Pferdes kennt; er kann die actio redhibitoria doch anſtellen. Denn die Erklärung, daß das Pferd

[180]) Und inſofern die Beſtimmung des Preiſes ein richtiges Bewußtſein vom Gegenſtand des Vertrags vorausſetzt, wird hiedurch auch ein richtiges Bewußtſein des Stellvertreters vom Vertragsgegenſtand indirect vermothwendigt, daher ein diesbezüglicher Irrthum auf ſeiner Seite hier nach Umſtanden in der Anrechtbarkeit der Preisbeſtimmung zur Geltung kommen kann, ſ. unten § 33 sub IV b.

gekauft werden ſoll, ſtammt aus dem Willen des Dominus; der Stellvertreter betheiligt ſich nur bei der Preisbeſtimmung.[131])

Es iſt alſo bei der extenſiven Willenstheilung der Wille des Handelnden zur Beurtheilung jenes Stücks des Rechtsgeſchäfts zu Grunde zu legen, welches durch ſeinen Willen beſchloſſen wird. Nur inſofern natürlich dieſes Stück auf das ganze Rechtsgeſchäft vermöge inneren Zuſammenhanges zurückwirkt, wird derſelbe freilich indirect für das ganze Rechtsgeſchäft von Bedeutung werden.

ad b) Iſt der Wille intenſiv getheilt, ſo hatte der Principal einen präciſen, aber bedingten Willen. Sein Wille iſt der Grund dafür, daß der Stellvertreter überhaupt zu einer Beſchlußfaſſung ſchritt; ſein Wille ſteht alſo mit der Erklärung in einem — wenngleich entfernten — Cauſalzuſammenhang. Die Folge iſt, daß auch *ſein* Wille, *ſein* Dolus, *ſeine* mala fides etc. für das Rechtsgeſchäft von Bedeutung werden muß, gleichwie dies bei jedem bedingten Rechtsgeſchäft der Fall iſt.

Andererſeits hat aber bei der intenſiven Willenstheilung auch der Stellvertreter einen präciſen Willen, der mit der Erklärung im Cauſalzuſammenhang ſteht; *er will unbedingt, was jener bedingt wollte*; ohne ſeinen Willen wäre das Rechtsgeſchäft nicht zu Stande gekommen. Daher iſt hier auch der Wille des Stellvertreters für die Normirung *ſämmtlicher* Rechtswirkungen von Bedeutung, auch die Mängel ſeines Willens werden bei der Entſcheidung zu berückſichtigen ſein.

Bei der intenſiven Willenstheilung iſt alſo hinſichtlich des ganzen Rechtsgeſchäfts ſowohl auf den Willen des Principals als auf den des Stellvertreters Rückſicht zu nehmen. Gab alſo der Principal dem Stellvertreter den Auftrag, ein beſtimmtes Pferd zu einem beſtimmten Preis nach ſeinem Gutdunken zu kaufen, ſo wird Dolus, scientia, mala fides, Irrthum u. ſ. f. hinſichtlich dieſes Pferdes ſowohl beim Stellvertreter als beim Dominus zu berückſichtigen ſein. Denn jeder von beiden hat den Kauf dieſes beſtimmten Pferdes beſchloſſen: der Dominus bedingt, der Stellvertreter aber unbedingt.

Hiemit iſt das Princip der Vertheilung des Willens zwiſchen Principal und Stellvertreter in ſeinen Grundlinien angedeutet. Ehe eine aus-

[131]) Nur muß man den Fall *rein* denken, d. h. ſo daß der Vertreter nicht auch noch über das Ob des Kaufs zu beſtimmen hatte, andernfalls kommen die im Text sub b entwickelten Grundſätze zur Geltung. Einen hieher gehörigen praktiſchen Fall ſ. bei *Girtanner* Rechtsfälle Nr 248, welcher auch von *Pagenſtecher* (Pand. Prakt. S. 404 oben) richtig entſchieden wird.

führliche Darſtellung ſeiner concreten Anwendung gegeben werden kann, iſt, wie bereits angedeutet wurde, noch zu zeigen, inwieweit und nach welchen Grundſätzen die verſchiedenen Arten des äußeren Auftretens des Stellvertreters die Wirkungen des abſoluten Willensprincips modificiren.

B. Der Einfluß des äußeren Auftretens des Vertreters.

Der Vertreter kann ſich bekanntlich dritten Perſonen gegenüber bei Abſchluß des Rechtsgeſchäfts entweder als ſelbſthandelnd oder als bloßer Verkünder eines vom Principal gefaßten Entſchluſſes darſtellen. Wir ſahen auch, daß dieſe äußere Art des Auftretens nicht nothwendig dem wahren Sachverhalt entſprechen muß; daß der als ſelbſtwollend erſcheinende Vertreter möglicherweiſe in Wahrheit nichts gewollt, und der als ſelbſtbeſchließend hingeſtellte Principal möglicherweiſe auch die Willensbeſtimmung dem Vertreter überlaſſen hatte Unſere vorſtehenden Ausführungen waren dazu beſtimmt, nachzuweiſen, daß durch dieſe willkürliche Art der Abgabe der Erklärung die Anerkennung des wahren Willenszuſtandes beim Stellvertreter und beim Vertretenen nicht unbedingt ausgeſchloſſen wird, und die diesfalls aufgeſtellten Behauptungen unhaltbar ſind.

Das irrige Princip, daß bei Stellvertretung Wille und Erklärung in einer einzigen Perſon vereint ſein müſſen, ſtellt ſich vielmehr bei genauerer Betrachtung nur als eine unhaltbare Erweiterung eines anderen ganz richtigen Grundſatzes heraus. Dieſer Grundſatz iſt, mit dürren Worten ausgedrückt, der, daß bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften — und bei ſolchen allein iſt ja das äußere Auftreten des Stellvertreters relevant, von ihnen iſt daher bei der ganzen nachſtehenden Unterſuchung immer die Rede — die dritten Betheiligten ſich in jeder Beziehung darauf müſſen verlaſſen können, daß der Wille, ſowie er erklärt wird, auch wirklich vorhanden iſt; daß daher, *ſoweit das Vertrauen der Dritten geſchützt werden muß*, der willenloſe Stellvertreter, der ſelbſthandelnd auftritt, nicht nachträglich ſagen darf, der Entſchluß ſei in Wahrheit vom Principal gefaßt worden, und der willenloſe Principal, der als beſchließend hingeſtellt wird, nicht ex post dieſen verſchwiegenen Sachverhalt zum Nachtheile des Dritten herauskehren darf

Die Richtigkeit dieſer Behauptungen bedarf keines Beweiſes; ſie ergibt ſich aus dem allgemeinen Grundſatz der Unzuläſſigkeit von Mentalreſervationen. Es gilt nun aber, die Tragweite dieſes Satzes genau zu umgrenzen.

Wir haben geſagt: der Principal muß das Auftreten des Vertreters nach außen gelten laſſen, *ſoweit das Vertrauen der betheiligten Dritten geſchützt werden muß*. Denn im Verhältniß zu dritten Perſonen darf das Rechtsgeſchäft nur nach jenen Geſichtspunkten interpretirt werden, welche ihnen bei Eingehung desſelben apparirt haben. Sie haben das Recht, das Geſchäft nach dieſen Geſichtspunkten zu betrachten, dasſelbe darf ihnen nicht entzogen werden. Dieſes ihr Recht, ihr geſchütztes Vertrauen allein iſt es, welches die für die Beurtheilung des Geſchäfts maßgebende Berückſichtigung des wahren rechtsgeſchäftlichen Willens ausſchließt; und dieſer Wille wird daher überall dort zu Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts maßgebend bleiben, wo ein rechtliches Intereſſe der dritten Betheiligten durch Hervorkehrung des wahren Sachverhalts auf Koſten des äußeren Auftretens nicht verletzt wird.

Wann liegt nun ein ſolches rechtliches Intereſſe des Dritten an der Urgirung des äußeren Hergangs der Stellvertretung vor?

Offenbar dann und nur dann, wenn bei Zugrundelegung des äußerlich als maßgebend apparirenden Willens der Principal gegen den Dritten Verpflichtungen hätte, welche bei Zugrundelegung des wahren rechtsgeſchäftlichen Willens nicht eintreten würden; oder wenn gemäß dem Auftreten des Stellvertreters dem Dritten gewiſſe Rechte des Principals ausgeſchloſſen erſcheinen, welche der Principal nach Maßgabe des wahren Vertragswillens erworben haben würde. Denn in dieſen Fällen würde der Principal dadurch, daß er den wahren Sachverhalt aufdeckt, dem Dritten ex post ein ganz anderes Bild der Situation zeigen, als der Dritte ſich bei Abſchluß des Rechtsgeſchäfts machen durfte; dies aber iſt unzuläſſig.

Beiſpiel:

Der Vertreter hat ſich als ſelbſthandelnd gerirt, hatte aber in Wahrheit einen unbedingten Auftrag des Vertretenen. Das Rechtsgeſchäft iſt ein Kaufvertrag über das Pferd X. Der Stellvertreter weiß, daß das Pferd einen gefährlichen Fehler hat, der Principal weiß es nicht. Nun erleidet der Principal durch den Fehler des gekauften Pferdes einen Schaden; nach dem reinen Willensprincip könnte er den Verkäufer auf Erſatz dieſes Schadens in Anſpruch nehmen, weil *ſein* Wille der Kauferklärung zu Grunde liegt und er ein tadelloſes Pferd kaufen wollte. De facto ſtellt ſich aber die Sache anders. Der Verkäufer hat ſich vielleicht darauf verlaſſen, daß dem Stellvertreter obiger Mangel ohnedies bekannt ſei; andernfalls würde er ihn vielleicht darauf aufmerkſam gemacht

haben. Und jedenfalls kann er ſich darauf berufen, daß er gegenüber Demjenigen, der ihm als Contrahent erſchien, keine Pflicht verletzt habe, denn dieſer war ja nicht getäuſcht; dieſe Berufung kann der Principal nicht entkräften; er kann die Pflichten des Dritten nicht nachträglich erhöhen.

Oder:

Der willenloſe Stellvertreter kennt die redhibitoriſchen Mängel des Pferdes X, kauft daſſelbe dennoch; der Principal aber kannte dieſelben nicht. Wieder könnte nach dem Willensprincip der Principal die actio redhibitoria anſtellen. Da aber der Stellvertreter ſich als ſelbſt beſchließend darſtellte, wendet der Verkäufer mit Recht ein, daß, ſowie der Vertrag abgeſchloſſen wurde, er glauben durfte, für dieſe Mängel nicht verantwortlich zu ſein, und daß die nachträglichen einſeitigen Mittheilungen des Principals ihn nichts angehen. Hiemit erklärt ſich ein poſitiver Satz des römiſchen Rechts[182]), den die Theorie Savigny's nicht zu erklären vermag[183]) und mitunter ſogar hinwegleugnet.[184])

Hätte dagegen der als ſelbſthandelnd erſcheinende Stellvertreter in obigem Beiſpiel nur in corpore geirrt, aber den Willen des Vertretenen richtig erklärt, — z. B. er hält das Pferd X für Y, erklärte aber richtig X — ſo wäre der Vertrag doch giltig, wie bereits wiederholt bemerkt wurde. Der Grund dieſer verſchiedenen Behandlung iſt der, daß letztere Entſcheidung dem wahren Willen aller Betheiligten entſpricht, und kein denkbares Intereſſe des Dritten verletzt iſt, wenn man dieſen Vertrag für giltig erklärt.[185])

Nehmen wir jetzt einige Beiſpiele für den Fall, daß der ſelbſtbeſchließende Vertreter als Bote aufgetreten war.

Hier verläßt ſich der Dritte darauf, daß der Vertretene den rechtsgeſchäftlichen Entſchluß auch wirklich gefaßt hat. Wird daher eine Erklärung abgegeben, zu der der Vertretene den Vertreter bevollmächtigt hatte, ſo ſchadet ein Irrthum des beſchließenden Vertreters nicht, dafern nur die Erklärung dem allgemeinen Vollmachtswillen entſpricht. Denn der Dritte verlegt dieſe Erklärung in die Seele des Principals; es kann alſo ihm nur noch ein etwaiger Irrthum des Principals eingewendet werden.

[182]) l. 51 D. de Aed. Ed. l. 16 § 3 D. de lib. ca.

[183]) S. oben S. 96.

[184]) So Decnburg a. a. O. S. 20.

[185]) Denn daß der Verkäufer dieſen Irrthum ausnützen wollte, um ſich von einem ihm nachträglich unbequem gewordenen Vertrag zu befreien, wäre natürlich kein anzuerkennendes Intereſſe.

Iſt ſomit der Vertreter bevollmächtigt, entweder das Pferd X oder Y zu kaufen, und erklärt X, welches er aber für Y hält, ſo iſt der Kauf giltig. Denn der Principal wollte eventuell auch X kaufen; dem Dritten gegenüber hat er perſönlich X erklären laſſen; was dazwiſchen liegt, kümmert den Dritten nicht.

Hätte der Vertreter für X die 200 gegeben, welche er zwar für Y, aber nicht für X geben wollte, ſo kommt es wieder nur darauf an, ob er bevollmächtigt war, für X eventuell auch 200 zu geben. Iſt dies der Fall, ſo durfte er erklären: Dominus will für X 200 geben, und der Dritte durfte die Wirkung dieſer Erklärung nach der Perſon des Principals beurtheilen. Es kann alſo ein Irrthum des Vertreters nicht eingewendet werden.

Wo es ſich dagegen nicht um den Verlaß des Dritten handelt, kommt wieder das Willensprincip zur vollen Geltung. Hat alſo der wollende, aber als Bote erſcheinende Vertreter das Pferd mit ädilitiſchen Mängeln wiſſentlich gekauft, ſo kann der Vertretene dieſen Vertrag, obwohl die Erklärung auf ſeinen Kopf geſtellt iſt, doch nicht anfechten. Hat jener einen Dolus begangen, ſo verpflichtet dieſer den Principal. Denn hier gilt wieder der Satz, daß jedes Rechtsgeſchäft nach dem wahren ihm zu Grunde liegenden Willen zu beurtheilen iſt. Hat Dominus die Faſſung des rechtsgeſchäftlichen Entſchluſſes wirklich dem Vertreter überlaſſen, ſo muß er auch die Fehler dieſes Willens gegen ſich gelten laſſen, denn er ſtützt ja auch ſeine Berechtigung auf den Willen des Stellvertreters, da er ſelbſt keinen Willen hatte; er kann folglich nicht mehr und beſſere Rechte für ſich behaupten, als aus dem Willen ſeines Vertreters ſich ergeben.

Hiemit iſt vorläufig auch die Wirkſamkeit des äußeren Auftretens des Vertreters angedeutet. Danach laſſen ſich die allgemeinen Geſichtspunkte, nach welchen jedes ſtellvertretende Geſchäft zu beurtheilen iſt, mit Leichtigkeit definitiv feſtſtellen, wie im Folgenden geſchehen ſoll. Die ausführliche Darſtellung der Wirkungen der Stellvertretung wird aber erſt im IV. Capitel erfolgen, auf welches vorläufig verwieſen wird.

§ 14.

Die Beurtheilung ſtellvertretender Rechtsgeſchäfte nach dem doppelten Geſichtspunkt der wahren Willensvertheilung und des äußeren Auftretens.

Nach dem Princip der Willenstheilung zwiſchen dem Stellvertreter und dem Vertretenen hatten wir drei Haupttypen ſtellvertretender Rechtsgeſchäfte unterſchieden:

a) ſolche, bei denen der Vertreter auf den Inhalt des Rechtsgeſchäfts gar keine Ingerenz nimmt, wo vielmehr der ganze Inhalt des Rechtsgeſchäfts durch den Willen des Vertretenen (Auftrag) feſtgeſtellt wird;

b) ſolche, welche ganz auf dem Willen des Vertreters beruhen, indem der Vertretene lediglich die Vollmacht zu denſelben ausſtellt, welche natürlich einen concreten Willen nicht enthält;

c) ſolche, bei denen die einheitliche Erklärung theilweiſe durch den Willen des Vertreters, theilweiſe durch jenen des Vertretenen cauſal beſtimmt wird.

Nach dem Princip, daß die betheiligten Dritten ſich nach dem Vertragsbewußtſein desjenigen richten dürfen, welcher ihnen gegenüber ſich als ſelbſthandelnd dargeſtellt hat, unterſchieden wir zwei andere Gruppen, nämlich:

α) ſolche Rechtsgeſchäfte, bei denen der Stellvertreter ſich als bloßes Organ eines (angeblich) präciſen Principalswillens hingeſtellt hat, alſo als bloßer ſogenannter Bote aufgetreten iſt; und

β) ſolche, bei welchen der Stellvertreter äußerlich als ſelbſtbeſchließender aufgetreten iſt.

Dieſe beiden Arten von Theilungslinien ſchneiden ſich, indem die sub a, b und c genannten Arten von Rechtsgeſchäften wieder nach der sub α oder sub β genannten Art des äußeren Auftretens vorgenommen worden ſein können. Hiedurch entſtehen in concreto ſechs Gruppen von ſtellvertretenden Rechtshandlungen, welche nach obigen Principien jeweils verſchieden zu beurtheilen ſind; und zwar:

1. Der Vertreter iſt willenslos und tritt als Bote auf. Dann iſt das Rechtsgeſchäft durchaus nach der Perſon des Principals zu beurtheilen.

2. Der Vertreter iſt willenlos und tritt ſelbſtbeſchließend auf. Hier iſt das Rechtsgeſchäft nach dem Willen des Principals zu beurtheilen, ſoweit nicht der Dritte berechtigt iſt, ſich auf das äußere Auftreten, ſomit auf die Nothwendigkeit der Beurtheilung nach der Perſon des Vertreters zu berufen.

3. Der rechtsgeſchäftliche Wille iſt zwiſchen Vertreter und Vertretenen getheilt; Auftreten als Bote. Hier kommt es auf den Willen jedes dieſer beiden inſoweit an, als der Betreffende das Rechtsgeſchäft wirklich beſchloſſen hat; doch kann der Dritte die Berufung des Vertretenen auf den wahren Willen des Vertreters nach Umſtänden durch den Hinweis darauf ausſchließen, daß er den Vertretenen für den eigentlich Beſchließenden habe anſehen dürfen.

4. Der rechtsgeſchäftliche Wille iſt wieder zwiſchen dem Principal und dem Vertreter getheilt; der Vertreter tritt ſelbſtbeſchließend auf. Wieder zunächſt Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts nach beiden Perſonen; der Dritte darf ſich aber darauf verlaſſen, daß das Rechtsgeſchäft nur nach der Perſon des Stellvertreters zu beurtheilen iſt.

5. Der Vertreter hat allen concreten Willen; der Vertretene gibt nur die Vollmacht; Auftreten als Bote. Dann iſt das Rechtsgeſchäft blos nach dem Willen des Procurator, nach jenem des Dominus aber inſofern zu beurtheilen, als der Dritte durch Hervorkehrung des wahren Sachverhalts in ſeiner berechtigten Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts getäuſcht würde.

6. Dieſelbe Willensvertheilung; der Stellvertreter gibt ſich als ſelbſtbeſchließend, dann iſt blos ſeine Perſon in jeder Richtung als maßgebend in's Auge zu faſſen.

Aus dieſen Grundlagen iſt die Behandlung ſpecieller Fälle abzuleiten, was unten zu geſchehen hat. Hier iſt aber gleichzeitig feſtzuſtellen, wie ſich unſere Auffaſſung von der Stellvertretung zu der hergebrachten Unterſcheidung von Bote und Stellvertreter verhält.

§ 15.

Bote und Stellvertreter.

Die ältere Theorie (vor Savigny) fand dieſen Begriff ſchon im römiſchen Recht gegeben. Beſtimmte Belegſtellen, in welchen derſelbe definirt geweſen wäre, wußte man allerdings keine. Da aber anerkanntermaßen Stellvertretung im römiſchen Recht ausgeſchloſſen erſchien, und mehrfach ausgeſprochen war, daß nur der consensus contrahentium einen Vertrag begründen könne, glaubte man ſich zu dem Schluſſe berechtigt, daß der an vielen Stellen der Digeſten auch beim Abſchluß von Verträgen erwähnte Nuntius nur eine ſolche Perſon ſein könne, deren Thätigkeit bei dem Rechtsgeſchäft eine völlig untergeordnete ſei und welche nur einen perfecten consensus contrahentis überbringe. Man fand dieſe Auffaſſung dadurch unterſtützt, daß der Bote regelmäßig anläßlich des Satzes erwähnt wurde, daß der Contrahent ſeinen (beſtimmten) Willen durch Zeichen, Briefe oder andere Mittel erklären könne und ſtellte ihn daher dieſen instrumentis voluntatis gleich. Daher die häufige Ausdrucksweiſe, der Bote ſei velut organum et pica domini. Der Beſitz eines ſpeciellen Auftrags des Dominus war daher eine ganz unerläßliche Vorausſetzung giltiger nuntiatio; ſelbſt nachträgliche Ratihabition

konnte denſelben nach der Meinung der älteren nicht erſetzen.[136]) Darum ſchien aber auch Willensfähigkeit des Boten nicht erforderlich[137]) und kam auf etwaige Mängel des rechtsgeſchäftlichen Willens in ſeiner Perſon nichts an. Erforderlich war dagegen immer, daß der Nuntius ſich als ſolcher zu erkennen gab; er durfte daher die verba obligativa nicht etwa als ſeinen Willen auf die Perſon des Principals ſtellen, ſondern er mußte immer in der dritten Perſon ſprechen und die Erklärung als Erklärung des Principals abgeben.[138])

Den ſo vorgefundenen Begriff hat bekanntlich Savigny in der Weiſe zu erweitern geſucht, daß er, wie bereits oben[139]) gezeigt, den Stellvertreter nur als einen flügge gewordenen Boten auffaßte und das Rechtsgeſchäft immer als auf dem wahren Willen des Principals beruhend betrachtete. Hierin lag ein doppelter Fehler: Erſtens wurde der Thätigkeit des Stellvertreters, welcher in dieſer erweiterten Function doch mehr iſt als ein bloßer Bote, nicht genügend Rechnung getragen; zweitens aber überſah dieſe Auffaſſung vollſtändig die wichtigen Unterſchiede, welche das äußere Auftreten des Stellvertreters als Selbſthandelnder oder als bloßer Herold ſeines Principals mit ſich bringt. Namentlich dieſer letztere Fehler haftet der Theorie Savigny's bis auf ihre jüngſten Vertreter herab an. Zu welchen Inconvenienzen aber dieſe Anſchauungen führen, iſt bereits oben (§ 11) genügend gezeigt.

Auch die Repräſentationstheorie ging urſprünglich von dem älteren Begriff des Nuntius aus. Bei den eingeleiteten Unterſuchungen über den Begriff der Stellvertretung aber beging man hier den Fehler, daß man, anſtatt ſich zu fragen, ob und inwieweit der Bote und der Procurator verwandte Erſcheinungen ſeien, ſofort das Gegentheil annahm und den Begriff des Stellvertreters dahin fixirte: Stellvertreter iſt, wer nicht Bote iſt. Als Conſequenz hieraus ergab ſich, daß man den Stellvertreter dahin definirte, daß er nach außen ſelbſthandelnd auftrete, denn da der Nuntius des römiſchen Rechts dies jedenfalls nicht thut — weil alteri stipulari, emere, vendere pp. nemo potest — ſo mußte ſein modernes Gegenbild, der Stellvertreter, gerade dieſes Charakteriſtikum

[136]) So ſagt Lauterbach de nuncio (in diss. vol. III. n°. 10 c. 7): Et haec mittentis commissio ad nuncium constituendum adeo est necessaria, ut si illa deficiente a falso nuncio aliquid nunciatum fuerit, illud omnino nullum sit, ut nec ratihabitione . . . confirmari possit. Daſelbſt auch Citate anderer Schriftſteller.

[137]) Vgl. Lauterbach a. a. O. c. 17.

[138]) Lauterbach ebenda c. 38.

[139]) ſ. oben S. 89.

haben. Gleichgiltig war es hiebei, ob er einen ſpeciellen Auftrag des Vertretenen hatte oder nicht; in jedem Falle war das von ihm vorgenommene Rechtsgeſchäft blos aus ſeiner Perſon zu beurtheilen, der Wille des Vertretenen diente nur dazu, ihm die Vollmacht zu verſchaffen. Hiemit war ſchon dieſes äußerliche Kriterium, zu, wie wir ſahen (§ 12), falſchen Conſequenzen erweitert. Legte man aber einmal alles Schwergewicht nicht auf die innere Selbſtändigkeit des Stellvertreters, ſondern auf ſein äußerlich ſelbſtändiges Auftreten, ſo war es nur ein letzter conſequenter Schritt, auch den bisher feſtgeſtellten Begriff des Boten nach ſeiner äußerlichen Erſcheinung zu erweitern, und für ihn nicht mehr die Beſtimmtheit des Auftrags zur Vorausſetzung zu machen, ſondern alles auf die Art ſeiner Erklärung abzuſtellen; daher man denn auch jenen Vertreter für einen Boten mit allen juriſtiſchen Conſequenzen dieſes Begriffes anzuſehn begann, der von ſeinem Auftraggeber keine ſpeciellen Inſtructionen, wohl aber die Erlaubniß erhalten hat, Alles was er für gut findet, als beſtimmten Willen des Auftraggebers zu erklären.

Dieſen Schritt haben, wie ſchon erwähnt, Laband, Schliemann und Zimmermann gethan. Dieſe Schriftſteller rügen es, daß man gewöhnlich die Unterſcheidung zwiſchen Stellvertreter und Boten mit jener zwiſchen generellem und ſpeciellem Auftrag zuſammenwerfe. Vielmehr kann nach ihnen auch dem Boten ein Einfluß auf den Inhalt des Vertrags gegeben, ja ſogar die Entſcheidung der Frage, ob überhaupt ein Vertrag in's Leben treten ſolle, überlaſſen ſein; umgekehrt könne Jemand ein ganz genau beſtimmtes Rechtsgeſchäft als wirklicher Stellvertreter eines Andern abſchließen, für beide Fälle gelten ganz verſchiedene, ſich ſtets gleich bleibende Regeln.

So hat denn die neueſte Theorie die tiefe Kluft zwiſchen den beiden verſchiedenen Arten des äußeren Auftretens bei ſtellvertretenden Rechtsgeſchäften noch erweitert. Das Willensprincip iſt ganz über Bord geworfen, das zufällige äußere Auftreten des Vertreters entſcheidet über die Anwendung der ſehr divergenten Grundſätze, welche hüben und drüben dieſer Kluft gelten ſollen.

Die Unrichtigkeit dieſer Lehre ergibt ſich, wie ich hoffe, aus unſeren früheren Ausführungen, welche vor Allem dazu beſtimmt waren, dem Willen ſeine wahre Bedeutung zu vindiciren und die Wirkung der äußeren Erklärung auf das gebührende Maß zu beſchränken. Hiemit iſt aber auch von ſelbſt die Stellung angezeigt, die wir gegenüber dem Botenbegriff einnehmen müſſen.

Uns erſcheint der Bote im Sinne der älteren Theorie — denn dem erweiterten Botenbegriff kommt überhaupt gar keine Realität zu — nur als eine beſondere Species des allgemeineren Genus „Vertreter in Rechtsgeſchäften“. Sie ſteht den übrigen Unterarten dieſes Genus völlig gleich, und hat vor anderen Vertretungsfällen nur das Charakteriſtiſche voraus, daß bei ihr der Wille des Vertreters in Beziehung auf den Inhalt des Rechtsgeſchäfts auf Null reducirt iſt und dieſe Willensloſigkeit ſich auch äußerlich beim Abſchluß des Rechtsgeſchäfts kenntlich macht. Die Functionen des Vertreters erſcheinen alſo in dieſem Falle auf die denkbar weitgehendſte Weiſe abgeſchwächt, und ſo erſcheint der Bote als das allerdings ſcharf zu markirende Ende einer langen Reihe von Stellvertretern mit immer abnehmender Bedeutung. Deswegen liegt er aber noch nicht außerhalb der Reihe. Generiſch bleibt der Bote Stellvertreter, und es wird im IV. Capitel gezeigt werden, daß alle eigenthümlichen Grundſätze, die bereits die älteren Theoretiker über den Nuntius aufſtellten, nichts ſind als conſequente Anwendungen der für alle Stellvertreter maßgebenden Principien auf dieſen qualificirten Fall. Auch muß man insbeſondere feſthalten, daß damit, daß der Bote den *Inhalt* des Vertrags nicht beſchloſſen hat, in dieſer Beziehung alſo des concreten Willens entbehrt, noch durchaus nicht geſagt iſt, daß er bei dem ganzen Vertrag ganz willenlos ſei. Wir haben bereits früher (Not. 122) hervorgehoben, daß der Bote, wenn er ſich auch um den Inhalt des Vertrags gar nicht kümmert, doch *eines* will und *eines* thut: nämlich die Erklärung. Inſofern iſt auch er bewußter Mitſchöpfer des Rechtsgeſchäfts und inſofern hat er einen wahren rechtsgeſchäftlichen Willen; er will das Rechtsgeſchäft durch ſeine Erklärung vermitteln. Dieſer Geſichtspunkt, der von unſeren Schriftſtellern ganz regelmäßig überſehen wird, iſt von durchaus nicht zu unterſchätzender Bedeutung. Aus ihm ergibt ſich nämlich die — regelmäßig verkannte Möglichkeit — auch den Boten für den Mangel der Vollmacht und ſonſtige Culpa im Vertragsabſchluß haftbar zu machen, ein Moment, auf welches hier nur vorläufig aufmerkſam gemacht werden ſoll und welches ſpäter ausführlicher zu erörtern ſein wird.[140])

[140]) Auch *die* Conſequenz ergibt ſich aus dem oben Geſagten, daß, wenn der Bote dem Dritten gegenüber ſagt: Mein Principal will mit Dir dieſen oder jenen Vertrag durch mich abſchließen, ich verweigere Dir aber die Erklärung, der Vertrag ungiltig iſt, obwohl der Dritte den Willen des Principals erfahren hat Denn hier beſteht zwiſchen dem Willen des Principals und der Erklärung des Boten kein Cauſalzuſammenhang; der Bote will eben nicht erklären, was ihm aufgetragen iſt er theilt es zwar mit, aber nur, um die Erklärung zu verweigern

Will man hienach, wie Windſcheid thut, den Boten einen Stellvertreter in der Erklärung nennen, ſo iſt dagegen nichts einzuwenden, umſomehr, da wir ja die principiellen Bedenken, die gegen die Zertheilung von Wille und Erklärung erhoben worden ſind, bereits oben (S. 113 flg.) als unſtichhaltig befunden haben. Nur muß man ſich hiebei immer gegenwärtig halten, daß zwiſchen dieſem „Stellvertreter in der Erklärung" und den „Stellvertretern im Willen" ein generiſcher Unterſchied nicht ſtatuirt werden darf, wie jener Ausdruck allerdings nahe legt. Man darf daher keinesfalls nach dem Vorgang Windſcheid's, zwiſchen dieſen beiden Arten von Vertretern „unterſcheiden".

Die durchgreifende Differenz zwiſchen dieſen beiden Begriffen iſt überhaupt nur eine hiſtoriſche. Dasjenige, was unſeren Nuntius ſo berühmt gemacht hat, iſt der Umſtand, daß er ſchon dem römiſchen Recht bekannt war. Er iſt der ältere Bruder des heutigen Stellvertreters, eine Prärogative, die man ihm vergeblich ſtreitig zu machen ſucht.

Hellmann beſtreitet nämlich, daß ein beſtimmter Begriff des Nuntius ſich für das römiſche Recht nachweiſen laſſe. Danach iſt es ihm ein leichtes Spiel, indem er jedweden Unterſchied zwiſchen Boten und Stellvertreter principiell leugnet, den römiſchen Nuntius für den heutigen Stellvertreter zu erklären und ſo mit einem Schlage die Stellvertretung im römiſchen Recht zu etabliren. Hieran iſt allerdings ſo viel richtig, daß man bis jetzt noch nicht verſucht hat, den Begriff des Nuntius aus den Quellen nachzuweiſen; ich glaube indeß, daß dies nicht unmöglich iſt.

Es gibt mehrere Stellen des römiſchen Rechts, in welchen der Nuntius, der blos die eigene Erklärung des Handelnden erſetzt, Demjenigen, der das ganze Rechtsgeſchäft für ihn vornimmt, ausdrücklich entgegengeſetzt wird.

L. 37 D ad Sc. Treb. (36, 1)

> Restituta hereditas uidetur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet restituere et ille recipere; non si ex alia causa putavit te possidere. Sed etsi postea ratum habuit idem erit dicendum. Sed etsi verbo dixit se restituere, vel per epistolam vel per nuntium restituat audietur .... item si alius iussu meo restituit vel ratam habui restitutionem, transisse actiones videntur.

Hier iſt zwiſchen dem Nuntius, durch den der Fiduciar ſeinen Reſtitutionswillen erklärt, und dem alius, qui iussu fiduciarii restituit,

ein Gegenſatz ausdrücklich anerkannt. Da nun auch der Alius einen ganz ſpeciellen Auftrag (iussus) des Fiduciars zur Reſtitution erhalten hat, ſo kann der Unterſchied zwiſchen beiden Fällen nur darin erblickt werden, daß der Nuntius unſelbſtändig aufgetreten iſt, nach Art der ihm zunächſt erwähnten epistola, während umgekehrt der Alius ſich ſelbſtbeſchließend dargeſtellt hat, was insbeſondere noch dadurch wahrſcheinlich gemacht wird, daß neben dem alius qui iussu restituit noch der Negotiorum Geſtor erwähnt wird, der doch naturgemäß ſelbſtbeſchließend auftritt.

Dasſelbe Reſultat ergibt ſich aus

l. 65 § 3 D. h. t.

Si pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit, si sponte adierit, etiam servo eius et ipsi pupillo tutore auctore restituetur hereditas; si quidem eo quod fari non potest non magis ea res impedietur, quam in muto pubere volenti sibi restitui hereditatem. Si autem heres recuset adire hereditatem, quemadmodum res expediri possit difficile est; quia neque tutore desiderante periculo pupilli adiri hereditatem Treb°. Sc°. locus sit futurus, neque pupillus ipse id desiderare possit, cum fari non possit. Quod aliquatenus circa mutos expediri potest; nam si auditus capaces sunt, nutu possunt significare, velle se periculo suo hereditatem adire, quomodo absentes per nuntium.

Zum Begehren der Reſtitution ex Sc. Treb. genügt es, wenn der Fiduciar die Antretung der Erbſchaft verweigert, nicht, wenn der Tutor für den Pupillen dieſes Begehren ausſpricht, nothwendig iſt vielmehr, wie ausdrücklich ausgeſprochen wird, eine beſtimmte perſönliche Willenserklärung des Pupillen. Wie ſteht es nun hier mit einem Pupillen, welcher ſtumm iſt? Ein ſolcher kann nach Ausſpruch des Juriſten die Willenserklärung auch durch einen Wink abgeben, „ſowie ſie bei Abweſenden auch durch einen Boten beſchafft werden kann“.

Hiemit wird wieder die Erklärung des Nuntius der des Stellvertreters entgegengeſetzt; denn da der Juriſt hier eine Willenserklärung des Pupillen ſelbſt, in welcher auch der Vormund dieſen nicht vertreten kann, im Auge hat, und dieſe Willenserklärung ſowohl durch Zeichen als durch Boten für genügend erbracht ſieht, iſt nicht zu bezweifeln, daß er den Begriff des Boten in dem hier vertheidigten Sinn auffaßt.

Dasſelbe Reſultat ergibt ſich endlich auch aus

l. 18 D de spons. 23, 1.

In sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram, an per internuncium vel per epistolam an per alium hoc factum est; et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur.

Wieder iſt der Alius, der in fremdem Auftrag ein Verlöbniß vollzieht, in Gegenſatz geſtellt zum Internuntius. Da nun aber Niemand daran zweifeln wird, daß auch der Alius, der ſich hier alieno nomine verlobt, hiezu keinen generellen, ſondern nur einen Specialauftrag hatte, kann der Unterſchied nicht in der Art des Auftrages, ſondern nur in der Art der Erklärung gelegen gedacht ſein, indem der Nuntius als unſelbſtändig, der Alius als ſelbſtändig erklärend vorgeſtellt wird.

Das römiſche Recht beſitzt alſo einen ſehr beſtimmten Begriff des Nuntius, und es zeigt ſich, daß dieſer Begriff von der älteren Theorie der Stellvertretung mit den bezeichneten Definitionen ganz richtig wiedergegeben wurde. Dem gegenüber erhebt ſich nun nur noch die eine Frage: Wenn dem römiſchen Recht Stellvertretung principiell unzuläſſig erſchien und der Bote nichts iſt als eine Art von Stellvertreter, wie kommt es, daß dieſer dann im römiſchen Recht anerkannt erſcheint? Umſomehr, da wir das römiſche Princip der Unzuläſſigkeit der Stellvertretung aus den altrömiſchen Vertragsformen herleiten, welche doch gewiß das Einſchreiten eines Boten ebenſogut ausſchloſſen, als das Einſchreiten eines andern Stellvertreters?

Dieſe Frage beantwortet ſich jedoch leicht. Obwohl wir nämlich für das ältere römiſche Recht die Unzuläſſigkeit der Stellvertretung aus inneren Gründen als nothwendige Folge der gegebenen Verkehrsformen hinzuſtellen ſuchten, konnten wir uns doch andererſeits dem Zugeſtändniſſe nicht entziehen, daß für das Recht der claſſiſchen Zeit ein poſitiver innerer Grund, kraft deſſen Stellvertretung in Rechtsgeſchäften ausgeſchloſſen geweſen wäre, nicht nachgewieſen werden kann. Dies hat uns zu der Meinung geführt, daß die Gründe, aus welchen auch das claſſiſche römiſche Recht die Stellvertretung noch nicht anerkannte, hauptſächlich negativer Natur ſind: Mangel eines Bedürfniſſes und Scheu vor den hiemit verbundenen techniſchen Schwierigkeiten. Gerade dieſe techniſchen Schwierigkeiten ſind es, welche beim Boten offenbar hinwegfallen oder ſich auf ein Minimum reduciren; es liegt nichts vor als eine inſtrumentale Form der Willenserklärung, gerade ſo wie bei den den Quellen wohlbekannten brieflichen und anderen Erklärungen. So iſt die Stellvertretung in ihrer

einfachſten, faſt mechaniſchen Form bereits dem römiſchen Recht bekannt, ſoweit natürlich nicht beſondere Gründe, wie z. B. Mancipations- und Stipulationsform ſie auch in dieſer Form ausſchloſſen. Die übrigen Erſcheinungen der Stellvertretung hat das römiſche Recht noch abgelehnt.

Da übrigens der hier anerkannte Begriff des Boten, wenn auch theoretiſch ohne beſondere Eigenthümlichkeiten, ſondern eine bloße Unterart des Stellvertreterbegriffs, doch inſofern auch heutzutage noch eine gewiſſe praktiſche Bedeutung beſitzt, weil er eine beſtimmte, ſehr markante und ſehr häufige Art der Stellvertretung mit einem einzigen Worte feſtſtellt, und deshalb juriſtiſch auch fürderhin wird verwendet werden können, ſo erübrigt noch, dieſen Begriff in gewiſſen Richtungen zu präciſiren.

1. Dem Begriff des Nuntius kommt nur bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften eine beſondere Bedeutung zu. Denn dieſer Begriff hat das weſentliche Criterium des willenloſen Auftretens gegenüber den Compaciscenten; wo alſo keine Compaciscenten vorhanden ſind — beim einſeitigen Rechtsgeſchäft — dort gibt es keinen Boten, ſondern die willenloſen Stellvertreter mit Specialauftrag ſtehen ſich ſämmtlich gleich, indem es bei ihnen allen nur auf den Willen des Vertretenen ankommt, den ſie zur äußeren Erſcheinung bringen.

Dies gilt insbeſondere von den Stellvertretern im Beſitzerwerb. Hat der Vertreter im Beſitzerwerb einen Specialauftrag, ſo wird er hiedurch willenloſes Werkzeug des Vertretenen. Es iſt in keiner Weiſe denkbar, daß ſein Wille ſich noch zu irgend einer juriſtiſchen Bedeutung erhebe. Deswegen verliert aber auch er noch nicht die Eigenſchaft, Stellvertreter zu ſein; auch die Vollzugsorgane bei einſeitigen Rechtsgeſchäften ſind von Stellvertretern nur quantitativ, nicht qualitativ verſchieden. Hierin liegt übrigens auch die Erklärung, warum die Römer Stellvertretung im Beſitzerwerb ſo frühzeitig anerkannt haben; der ſpeciell beauftragte Stellvertreter im Beſitzerwerb iſt eben nichts als Gehilfe; wer den Nuntius anerkannte, konnte auch dieſen nicht ablehnen. Beſitzerwerb durch generell beauftragte Stellvertreter (ignorante domino) wurde in der That bekanntlich nur zögernd zugelaſſen.

2. Aeltere Schriftſteller pflegen zu behaupten, daß, da der Bote einen unbedingten Vertragswillen eines Mandanten erkläre, der Auftrag an ihn auch ſchon im Moment ſeiner Erklärung vorhanden ſein müſſe; Ratihabition einer Botenerklärung ſei unzuläſſig.[141]) Dieſe Anſicht iſt

[141]) S. die oben (Not. 136) cit. Stelle aus Lauterbach, de nuncio, woſelbſt auch Gewährsmänner.

natürlich irrig, denn der Bote, der ohne Auftrag auftritt, ist eben kein wahrer Bote mehr, sondern ein als solcher verkappter, wollender Stellvertreter, von welchem bereits wiederholt die Rede war. Auch eine solche Erklärung kann natürlich ratihabirt werden.

3. Der Bote als solcher ist nur zur Ausrichtung seines Auftrags und weiter zu nichts bestellt. Die Acceptation einer von ihm überbrachten Offerte wirkt daher nur so, wie die Acceptation bei Erklärungen unter Abwesenden überhaupt; der Vertrag wird nicht unter Anwesenden, wie beim Stellvertreter im Vertragsabschluß, sondern unter Abwesenden perfect. Dies äußert sich z. B. darin, daß nach der sog. Recognitionstheorie die Acceptation der Offerte dem Offerenten persönlich zugegangen sein müßte, damit der Vertrag perficirt werde. Oft wird auch der Bote als Retourbote des Oblaten verwendet; in diesem Sinne ist insbesondere die Thätigkeit des Dolmetsch aufzufassen; er ist Nuntius beider Theile. —

Nachdem wir hiemit die Grundlinien der theoretischen Auffassung, welche für die Darstellung der Stellvertretungslehre maßgebend sein muß, klargelegt haben, wenden wir uns der Untersuchung des stellvertretenden Rechtsgeschäftes in seinen einzelnen Elementen und Wirkungen zu.

Hiebei werden wir, wesentlich constructiv vorgehend, die juristische Natur und die Voraussetzungen der einzelnen Momente, aus welchen das stellvertretende Rechtsgeschäft sich zusammensetzt, unserer Prüfung unterziehen und erst am Schlusse zeigen, in welcher Weise sich die im Einzelnen dargestellten Glieder dieser Kette zu einem geschlossenen Ganzen, dem Rechtsgeschäft für den Vertretenen zusammenschließen. Wir werden daher zunächst die Grundlage aller Stellvertretung, nämlich den auf dieselbe gerichteten Willen des Vertreters zum Gegenstand der Untersuchung machen. Sodann wird die Frage zu beantworten sein, welche von uns als das erste Problem der Stellvertretung hingestellt wurde: Inwieweit der Wille des Stellvertreters, die Folgen des Rechtsgeschäfts von sich abzuwenden, rechtliche Wirkungen haben kann. Diese beiden Untersuchungen betreffen die Grundlage aller Stellvertretung: die Handlung des Stellvertreters und sein Verhältniß zu seiner Handlung; wir können diese Materien unter dem Namen Grundverhältniß zusammenfassen. Die Thätigkeit des Stellvertreters gelangt zu juristischer Wirksamkeit durch die Ertheilung der Vollmacht oder Ratihabition; es werden daher nach Besprechung des Grundverhältnisses die Fragen der Vollmacht, resp. der Ratihabition und im Zusammenhange mit der letzteren auch die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio zu erörtern sein. Nach Feststellung dieser

Grundlagen erſt wird gezeigt werden können, wie ſich die Handlung des Stellvertreters und die in der Vollmacht oder Ratihabition gelegene Willensthätigkeit des Dominus nach Maßgabe der im vorigen Capitel beſprochenen Principien der Berückſichtigung dieſer beiden Theilwillenserklärungen, ſowie des äußeren Auftretens des Stellvertreters zu concreten Rechtswirkungen für den Dominus zuſammenſetzen. Die Geſammtheit dieſer letzteren Erſcheinungen kann im Gegenſatz zum Grundverhältniß als Hauptverhältniß bezeichnet werden.

Demnach ergibt ſich für die nachſtehende Entwicklung folgendes Schema:

I. Grundverhältniß:
   1. Der auf Stellvertretung gerichtete Wille des Vertreters (die Bezugnahme auf den Dominus, contemplatio domini).
   2. Die Wirkungen des Rechtsgeſchäfts für den Vertreter.

II. Vollmacht und Ratihabition, insbeſondere die ſtellvertretende Negotiorum Geſtio.

III. Hauptverhältniß:
   Die Vorausſetzungen und Wirkungen der Stellvertretung in Beziehung auf den Vertretenen.

Zweites Capitel.

Die Vornahme des ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfts und die Wirkung desſelben für den Stellvertreter. (Grundverhältniß.)

§ 16.

Wann liegt Stellvertretung vor? Die contemplatio domini.

Die Handlung des Stellvertreters, durch welche dem Vertretenen ein Rechtserwerb verſchafft werden ſoll, iſt eine rechtsgeſchäftliche. Ein Beſtandtheil dieſes Rechtsgeſchäfts iſt der Wille des Stellvertreters, daß die Wirkungen des Geſchäfts nicht in ſeiner Perſon, ſondern in der des Dominus eintreten ſollen. Dieſer Wille muß vorliegen, andernfalls erhalten die Wirkungen des Rechtsgeſchäfts nicht die Richtung auf die Perſon des Vertretenen, ſondern bleiben in der des Stellvertreters liegen. Es iſt alſo zum Vorhandenſein wirkſamer Stellvertretung eine erkennbare Bezugnahme auf den Principal, eine contemplatio domini nothwendig.

Mit dem Requiſit der Erkennbarkeit iſt nun freilich noch nicht erfordert, daß die Bezugnahme auf den Dominus ſich ſtets in äußerlich prägnanter, ſinnfälliger Form manifeſtiren müſſe. Dies würde weit über das Ziel ſchießen und für ſtellvertretende Rechtsgeſchäfte eine Art von Form involviren, welche der Natur der Sache und dem Bewußtſein der Parteien gleich ferne liegt. Es genügt vielmehr hier wie überall, daß der Wille aus äußeren die Handlung begleitenden Umſtänden, aus den Beweggründen, Zwecken und dem Inhalt der Handlung oder auch aus etwaigen anderen Kennzeichen mit Sicherheit erſchloſſen werden könne [142])

[142]) vgl. H. G. B. Art. 52, Abſ. 2, 58 Abſ. 2, 114 Abſ. 2, 230, 461, 502 u. a., ferner Seuffert's Arch. XIII 313, XXI. 163, XXIII. 234 u. a. m.

I. In Folge deſſen iſt es auch möglich, daß zwiſchen der äußerlich bei Vornahme des Rechtsgeſchäfts abgegebenen Willenserklärung des Vertreters und ſeinem wahren und erweislichen Willen ein Widerſpruch vorliegt.

Es kann nämlich vorkommen, daß der Vertreter bei der Vornahme zwar vorgibt, er handle im Namen eines Principals und wolle für dieſen Rechtswirkungen erzeugen, daß jedoch ſein wahrer Wille darauf gerichtet iſt, das Geſchäft für ſich gelten zu laſſen, ſo daß jene Angabe ſich auf eine bloße Simulation reducirt.

Umgekehrt iſt es denkbar, daß der Vertreter den Willen, für den Principal zu handeln, den er nachweisbar beſeſſen hatte, in ſeinem Rechtsgeſchäft gar nicht hat hervortreten laſſen, ſo daß dasſelbe im Augenblick der Vornahme ſich äußerlich als ein reines Proprgeſchäft darſtellte.

Es erhebt ſich die Frage, inwieweit in dieſen Fällen die bei der Vornahme abgegebene Erklärung gegenüber dem wahren Willen des Vertreters zur Wirkſamkeit gelangt

Auch für dieſe Frage wird nun wieder jene Unterſcheidung wichtig, welche wir bereits in anderer Richtung bei der Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts des Stellvertreters von Bedeutung gefunden haben [145]); nämlich die Unterſcheidung zwiſchen Rechtsgeſchäften, bei welchen dritte Perſonen in ſolcher Weiſe betheiligt ſind, daß ihr Vertrauen auf die nach außen abgegebene Willenserklärung jedenfalls geſchutzt werden muß, mag dieſer Erklärung auch kein wahrer Wille des Vertreters zu Grunde liegen; und zwiſchen Rechtsgeſchäften, bei welchen ein derartiges ſchutzbedürftiges Vertrauen dritter Perſonen nicht in Sprache kommt.

a) Bei den Rechtsgeſchäften der erſteren Art gilt in ganz gleicher Weiſe, wie wir dies bereits bezüglich anderweitiger Willenserklärungen des Stellvertreters auseinandergeſetzt haben, der Grundſatz, daß der Dritte die Erklärung, die ihm gegenüber abgegeben worden iſt, einfach für wahr annehmen darf, und daß es nicht zuläſſig iſt, einen entgegenſtehenden wahren Willen mit Hintanſetzung der abgegebenen Erklärung nachträglich zur Geltung bringen zu wollen; eine Anwendung des Princips der Unzuläſſigkeit aller Mentalreſervationen. Hat daher bei ſolchen Rechtsgeſchäften der Handelnde erklärt, daß er dieſelben im eigenen Namen vollziehe, ſo kann er nicht nachträglich einwenden, daß er nur als Stellvertreter gehandelt habe; umgekehrt, hat er angegeben, an Stelle eines Dritten zu handeln, ſo kann er nicht ex post ſich ſelbſt in das Rechts-

[145]) ſ. Cap. I. § 13 B.

geſchäft einführen unter der Angabe, er habe von vornherein als Selbſtcontrahent gelten wollen; denn der Dritte braucht ſich einen andern als den urſprünglichen Contrahenten nicht aufdrängen zu laſſen.

Welche Rechtsgeſchäfte dieſen Charakter beſitzen, läßt ſich in abstracto nicht mit völlig genauer Abgrenzung angeben. Vor Allem werden wohl hieher gehören alle obligatoriſchen Verträge, da hier die Perſon des Mitcontrahenten regelmäßig von ausſchlaggebender Bedeutung iſt; ferner Erbverträge, Eheverträge, mitunter auch die Tradition[144]) u. ſ. f., aber auch gewiſſe einſeitige Geſchäfte, welche auf dritte Perſonen zurückwirken, z. B. Antretung der Erbſchaft u. a. werden hieher zu zählen ſein. Uebrigens iſt eine ſtrenge Regel hier auch nicht nöthig; das concrete Ermeſſen wird ſtets leicht im Stande ſein, feſtzuſtellen, ob einem Rechtsgeſchäft die bezeichnete Qualification zukommt oder nicht.

Hat alſo in derartigen Rechtsgeſchäften einer der Contrahenten erklärt, er handle im eigenen Namen, ſo kann ſeine entgegenſtehende, wenn auch vollkommen erweisliche Willensrichtung, in fremdem Namen zu handeln, niemals berückſichtigt werden. Umgekehrt, hatte er ſich als Stellvertreter einer beſtimmten Perſon gerirt, ſo darf er nachträglich nicht angeben, daß das Geſchäft auf ſeine eigene Perſon abziele, dasſelbe muß für ihn immer ein fremdes bleiben.[145])

---

[144]) Bei Traditionen iſt es nämlich möglich, daß Trabent den Willen hat, den Beſitz nur einer beſtimmten Perſon einzuräumen; ſo z. B. bei ſchenkungsweiſen oder ſolchen Traditionen, die zur Erfüllung einer bereits gegenüber einer beſtimmten Perſon beſtehenden obligatoriſchen Verpflichtung erfolgen. Es kann aber allerdings ebenſo gut ſein, daß dem Tradenten die Perſon des Erwerbers vollkommen gleichgiltig iſt, ſo z. B. wird, wenn der Verkäufer im Laden oder auf dem Markt die baar bezahlte Kaufſache ſofort tradirt, die Perſon des Erwerbers ihm völlig gleichgiltig ſein. S. hierüber die ausführlichen Erörterungen von Bremer, Linde's Zeitſchr. XX. S. 53 flg., wo insbeſondere mit Recht gegen die von Ihering Jahrb. f. Dogm. I. S. 320 flg. aufgeſtellte Anſicht polemiſirt wird, wonach für den Erwerb durch Tradition immer die Willensrichtung des Tradenten ausſchlaggebend ſein ſoll. Vgl. auch Puchta, kleinere Schriften Nr. 32, Pand. § 148, Schenkl Beiträge II. S. 213 flg. Exner Tradition S. 139, Not. 46. Entſch. d. O. G. H. Nr. 3468.

[145]) Hieher gehört im gewiſſen Sinne auch die berühmte Antinomie zwiſchen l. 13 D. de don. 39, 5 und l. 37 § 6 D. de A. R. D. 41, 1. Der bekannten Literatur dieſer Stellen iſt neuerlich beizufügen Mandry, zur Lehre vom Beſitzeswillen. Arch. für civ. Pr. 63. S. 8, Not. 6, ferner Schloßmann in Grünhut's Zeitſchr. VIII. S. 429. IX. S. 329. Ich bemerke hiezu nur Folgendes: Der bekannten Donell-Bremer'ſchen Erklärung, wonach die eine der beiden

b) Anders ſteht es bei Rechtsgeſchäften, bei welchen ein ſolches berückſichtigenswerthes Vertrauen dritter Betheiligter nicht vorliegt. Hier iſt kein Grund vorhanden, den wahren Willen des Handelnden gegenüber der Erklärung nicht zu ſeinem Recht gelangen zu laſſen. Denn es iſt Niemand berechtigt, ſich auf die unrichtige Erklärung zu berufen, und muß daher der Grundſatz, daß die Wirkung der Rechtsgeſchäfte in erſter Linie nach dem ihnen zu Grunde liegenden wahren Willen beurtheilt wird, auch in Bezug auf die Frage, ob Stellvertretung vorliegt oder nicht, zur unbeſchränkten Geltung gelangen. Bei ſolchen Rechtsgeſchäften iſt eben die betreffende Erklärung überhaupt etwas Unweſentliches, Ueberflüſſiges, das außer dem begründenden Thatbeſtand des Geſchäfts liegt, und deshalb juriſtiſch irrelevant bleibt.

Hieher ſind zu zählen die meiſten einſeitigen Rechtsgeſchäfte, ſo Beſitzerwerb, Occupation, Specification u. a., welche das Intereſſe dritter Perſonen nicht näher berühren. Hatte alſo A eine Sache in Beſitz genommen mit der öffentlichen Erklärung, daß er ſie im Namen des B beſitzen wolle, ſo würden doch dritte Perſonen nicht berechtigt ſein, dieſe Erklärung dem A gegenüber, wenn er nachträglich behauptet, er habe die Sache im eigenen Namen in Beſitz genommen, zu moviren. Ebenſo umgekehrt. Dasſelbe gilt aber auch bei zweiſeitigen Geſchäften dann,

Stellen ſich auf offenen, die andere auf verſteckten Diſſens beziehen ſoll, wird gewöhnlich entgegengehalten, daß im Fall eines offenbaren Diſſenſes der Beſitzer doch niemals tradiren werde (vgl. z. B. Exner Trad. S. 137). Dieſer Einwand iſt gewiß unſtichhaltig Man ſetze nur folgenden Fall. A iſt dem Principal B und deſſen Commis C Geld ſchuldig Eines Tags geht er in den Laden des B, legt vor den allein anweſenden C eine Summe Geldes hin und erklärt den B hiemit bezahlen zu wollen. C antwortet, es ſei ihm außerſt angenehm, wieder einmal von A Geld zu ſehen zu bekommen; übrigens werde er dasſelbe nicht dem B geben, ſondern zur Deckung ſeines eigenen Guthabens behalten Hierauf erklärt A Nun, wir werden ſchon ſehen, ob ſie ſich unterſtehen, daß Geld zu behalten, und indem jeder bei ſeiner Meinung beharrt, laßt ſchließlich A das Geld liegen, in der feſten Ueberzeugung, C werde mit ſeiner Drohung nicht Ernſt machen. Solche Falle können alſo immerhin vorkommen. Dagegen ſcheint mir die Bremer'ſche Erklarung an einem andern Mangel zu leiden, namlich an dem, daß ſie in den betreffenden Stellen gar keinen Anhaltspunkt hat. — Meines Erachtens iſt der Widerſpruch überhaupt nicht zu loſen; er iſt aber zu erklaren, und zwar dahin, daß die claſſiſchen Juriſten beim Eigenthumsübergang durch Tradition in manchen Fallen die ſtrenge Regel dem praktiſchen Reultat opfern, man vgl. nur l 44 pr D de furt. 47, 2, l. 22 § 8 D. mand 17, 1, l 3 § 12 D. don. int. 24, 1, worüber ich mir gelegentliche nahere Ausführung vorbehalte

wenn bei denſelben ein Verlaß der dritten Contrahenten nicht in Sprache kommt. Dies wird nun allerdings ſelten der Fall ſein, iſt aber doch nicht ausgeſchloſſen. Das weitaus praktiſchſte Beiſpiel bieten ſolche Fälle der Tradition, in welchen dem Tradenten die Perſon des Empfängers gleichgiltig iſt (ſ. Not. 144). Auch hier wird dem Empfänger unverwehrt ſein, nachträglich zu behaupten, er habe die Sache, nicht wie behauptet, alieno, ſondern suo nomine in Empfang genommen und umgekehrt.

Mit dem sub a und b Erörterten iſt aber freilich, wie ſich aus der ganzen Argumentation, die ſtets aus dem Verhältniß zu dritten Betheiligten herausgegriffen war, ergibt, nur dargethan, inwieweit der Handelnde dritten Perſonen gegenüber an ſeine Erklärungen über die Angehörigkeit ſeines Rechtsgeſchäfts gebunden iſt. Es bleibt aber noch die andere Frage zu beantworten:

Inwiefern iſt der Handelnde an die Erklärung, daß er ein Rechtsgeſchäft im fremden Namen vornehme, gegenüber dem Vertretenen gebunden, wenn er erweislich den Willen gehabt, lediglich ſich aus demſelben zu berechtigen und zu verpflichten?[146] *Und umgekehrt, kann, wenn Jemand ein Rechtsgeſchäft erklärtermaßen im eigenen Namen vorgenommen hat, in Wahrheit jedoch die Abſicht hatte, die Wirkungen desſelben für einen Andern zu erzeugen, dieſer Andere das Geſchäft für ſich in Anſpruch nehmen?*

1. Wir gehen zuerſt zur Beantwortung der erſteren Frage über.

Hier behauptet Monroy[147]), daß im Falle eines derartigen bewußten Widerſpruchs zwiſchen Willen und Erklärung, lediglich die erklärte Abſicht des Vertreters entſcheiden könne, deren Rechtswirkung derſelbe durch bloße Hintergedanken nicht hindern könne; es ſtehe alſo dem Dominus immer das Recht zu, dieſe Handlung ſich anzueignen. Dieſer Aufſtellung iſt nicht vollkommen zuzuſtimmen.

Der Zweifel, der hier zu erheben iſt, iſt nämlich der, daß die

---

[146]) Dieſe Frage wird in der Literatur wenig berückſichtigt. Deutlich iſt dieſelbe geſtellt bei Monroy, die vollmachtsloſe Ausübung fremder Vermögensrechte S. 40 flg.

[147]) a. a. O. S. 40 flg., insbeſondere S. 42. Die betreffenden Ausführungen Monroy's beziehen ſich allerdings nur auf die ſtellvertretende Negotiorum Gestio, es iſt aber kein Zweifel, daß Monroy dieſelben ebenſogut für bevollmachtigte Stellvertretung würde gelten laſſen.

vom Stellvertreter abgegebene Erklärung an ſich gar nicht an den Dominus gerichtet iſt, indem die Vornahme des ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfts eben naturgemäß in Abweſenheit des Vertretenen erfolgt Es iſt alſo zunächſt der Geſichtspunkt, daß bei Rechtsgeſchäften die Betheiligten ſich auf die Erklärungen des Handelnden müſſen verlaſſen können, hier nicht anwendbar und es fragt ſich daher: Kann der Umſtand, daß der Stellvertreter bei ſeiner Handlung dieſelbe als ein negotium alienum, als ein Geſchäft des Herrn hinſtellte, ſchon an und für ſich bewirken, daß der Dominus nun ihm gegenüber berechtigt iſt, dieſes Geſchäft für ſich zu reclamiren, obwohl er gar nicht den animus aliena negotia gerendi beſeſſen hat?

Bei Beantwortung dieſer Frage iſt nun, wie ich glaube, nicht mit einem einfachen Ja oder Nein vorzugehen, ſondern nach den einzelnen Rechtsgeſchäften folgendermaßen zu unterſcheiden.

a) Iſt das Geſchäft ein ſolches, bei welchem der Stellvertreter nicht ſchon Dritten gegenüber an die Erklärung, für den Dominus zu handeln, gebunden iſt, dann glaube ich, iſt er auch dem Dominus gegenüber nicht verpflichtet, das Geſchäft als das des Dominus gelten zu laſſen. Denn ſeine Erklärung, für jenen zu handeln, iſt ja nicht an den Dominus gerichtet, an eine nicht an ihn adreſſirte Angabe aber kann Dominus den Vertreter nicht für gebunden erachten, wenn nicht andere Gründe für eine ſolche Gebundenheit vorliegen. Solche Gründe können aber nur im animus aliena negotia gerendi gelegen ſein. Gerade dieſen Willen, welcher allein geeignet wäre, ihn an das Geſchäft zu binden, hat aber der Vertreter nicht. Es ſteht daher nichts im Wege, daß er dem Dominus, der ein derartiges Geſchäft für ſich reclamirt, entgegenhalte: Ich habe in Wahrheit nicht für dich, ſondern für mich gehandelt.

Hat alſo der Stellvertreter eine Sache einſeitig oder durch Tradition in einer ſolchen Weiſe, daß dem Tradenten die Perſon des Erwerbers gleichgiltig iſt, z. B. auf dem Markte und gegen Barzahlung in Beſitz genommen, vorgeblich, um ſie dem Dominus zu erwerben, in der That aber, um ſie für ſich zu behalten, ſo könnte dieſer ſich auf jene Erklärung nicht berufen. Es liegt auch auf der Hand, daß Erklärungen dieſer Art nicht geeignet ſind, für den Dominus Rechte zu begründen. Z. B. Jemand erwirbt an der Börſe gewiſſe Papiere; um andere Perſonen über die Richtung ſeiner Speculation zu täuſchen, gibt er vor, er erwerbe dieſelben für den X. Es iſt klar, daß dieſe ſeine Angabe ſich hier wie in allen

derartigen Fällen auf eine bloße Erzählung reducirt, welche für sein Verhältniß zum angeblich Vertretenen irrelevant ist.[148])

b) Von größerer Bedeutung ist diese Angabe in Fällen, wo dritte Betheiligte beim Rechtsgeschäfte vorhanden sind, denen gegenüber dieselbe als lex contractus gelten muß. Hier bewirkt die Rücksicht auf die Dritten, daß der Contract als für den Dominus geschlossen behandelt wird, und indem er hiedurch zu einem Contract des Dominus gestempelt wird, ist er für den Dominus im Fall vorgängiger Bevollmächtigung sofort berechtigend und verpflichtend, ohne solche Bevollmächtigung aber erlangt Dominus das Ratihabitionsrecht.

Monroy entscheidet also ganz richtig, daß, wenn G im Namen des D Waaren beim T kauft, in der Hoffnung, sie billiger zu erhalten, D diesen Contract genehmigen kann. Gilt aber diese Entscheidung ausnahmslos?

Oder wie ist es, wenn der Dritte auf das ihm contractlich zustehende Recht, die Erklärung des Vertreters für bare Münze zu nehmen, verzichtet und jenem gestattet, den Umstand, daß er eigentlich für sich contrahiren wollte, geltend zu machen?

In solchen Fällen wird, glaube ich, doch kein Grund vorliegen, den G an den Vertrag gebunden zu halten. Es steht vielmehr wieder alles so: G hatte nicht den animus aliena negotia gerendi, seine Erklärung, daß er ihn habe, geht zunächst nur seinen Mitcontrahenten T, nicht aber den D an, an welchen die Erklärung nicht gerichtet war. Ist demnach T einverstanden, daß der Contract von D redressirt und auf G selbst gestellt werde, so kann D hiegegen nichts einwenden.

Die Entscheidung von Monroy ist also nicht allgemein giltig, sie übersieht, daß wenn dritte Betheiligte sich einverstanden erklären, der Stellvertreter immer berechtigt ist, seinen wahren Willen hervorzukehren, ohne daß Dominus hiegegen Einsprache erheben könnte.

2. Dasselbe, was hier für diesen Widerspruch zwischen Wille und Erklärung des Stellvertreters ausgeführt wurde, gilt mutatis mutandis,

---

[148]) Jhering (Jahrb. f. Dogm. I. S. 333 flg.) behauptet zwar, daß bei einseitigen Erwerbsacten die subjective Willensrichtung des Stellvertreters gegenüber der objectiven Richtung des Geschäfts auf den Principal nicht zur Geltung kommen könne, daß also, wenn ich mir durch meinen Jäger auf meiner Jagd ein Wild schießen lasse, die, selbst erklärte, Absicht des Jägers, dasselbe für sich zu erwerben, wirkungslos sei. Dieser Meinung kann nach dem Gesagten nicht beigetreten werden; es sind auch keine Gründe vorhanden, einen Rechtssatz zu statuiren, durch welchen freie Personen in ihrer Erwerbfähigkeit sclavenartig beschränkt werden

auch wenn der umgekehrte Fall eines Widerſpruchs über die Perſon des Handelnden vorliegt, wenn nämlich der Handelnde angibt, er habe proprio nomine gehandelt während er in Wahrheit den Dominus vertreten wollte. Hier gilt wieder

a) Wo das Intereſſe Dritter nicht in Betracht kommt, kann die Umſtellung des Rechtsgeſchäfts auf den Namen des Vertretenen jederzeit erfolgen;

b) Wo aber das Intereſſe Dritter berückſichtigt werden muß, iſt der Dritte nicht verpflichtet, ſich dieſe Abänderung des Geſchäfts gefallen zu laſſen.

II. Die Entſcheidung der Frage, ob Jemand im eigenen Namen gehandelt habe, oder als Stellvertreter, kann nicht ſchon daraus erſchloſſen werden, daß er eine Handlung vorgenommen hat, die nicht in ſeinem eigenen, ſondern im Intereſſe eines Dritten gelegen iſt, oder daß er nicht ſponton, ſondern in fremdem Auftrag thätig geworden iſt.

Nicht jedes Handeln im fremden Intereſſe involvirt nämlich ſchon Stellvertretung. Dieſer Satz, der übrigens niemals ganz verkannt worden war[149]), iſt neuerlich mit großer Klarheit betont und ausgeführt worden von Jhering.[150]) Jhering hat hervorgehoben, daß eine Handlung im fremden Intereſſe in doppelter Weiſe vorgenommen werden kann, nämlich:

Erſtens iſt es allerdings möglich, daß der Intereſſenvertreter die Wirkungen des bezüglichen Rechtsgeſchäfts von ſich hinweg und unmittelbar auf die Perſon des Dominus dirigirt, daß alſo eine wahre Stellvertretung vorliegt.

Zweitens aber kommt es auch vor, daß der Vertreter das Geſchäft zunächſt im eigenen Namen abſchließt und ſich aus demſelben berechtigt und verpflichtet, und daß es der internen Ausgleichung zwiſchen Vertreter und Dominus überlaſſen bleibt, den materiellen Effect des Geſchäfts, Bereicherung und Belaſtung, in die Perſon des letzteren zu überwälzen, während dritten Perſonen gegenüber der Vertretene weder berechtigt noch verpflichtet erſcheint.[151])

In der älteren Jurisprudenz wird für die Unterſcheidung zwiſchen

[149]) S. Thöl, ausgew. Entſcheidungsgründe Nr. 7, 13, 15, 16 u. a.

[150]) Jahrbuch für Dogm. I. S. 312 fg. Vgl. auch Grünhut, Recht des Commiſſionshandels § 2.

[151]) vgl. Seuffert's Arch. V. 13, 112, 253, 279, X. 159, XI. 149, XII. 93, 313, XIV. 231. XV. 111, XVIII. 241, ferner oben § 1 sub III.

dieſen beiden Arten des Contrahirens häufig, wenn auch wie geſagt, nicht immer der Umſtand für maßgebend erachtet, ob der Vertreter beim Contract den Namen ſeines Mandaten genannt hatte oder nicht. Im erſten Fall ſprach man von Contrahiren mit offener Vollmacht (mandato aperto), im letzteren vom Contract mit geheimer Vollmacht (mandato secreto) und glaubte, daß im erſteren Fall immer wahre Stellvertretung vorliege.

Dies iſt aber unrichtig. Der Umſtand, daß der Name des Dominus beim Contractsabſchluß angegeben worden iſt, ſchließt durchaus noch nicht aus, daß der Contract zunächſt ein eigenes für den Dominus wirkungsloſes Geſchäft des Vertreters ſei und bleibe. Es laſſen ſich nämlich ſehr gewichtige Gründe denken, aus welchen dies von den Contrahenten gewollt ſein kann. Indem wir dieſe Gründe im Folgenden hervorheben, werden wir gleichzeitig die Anhaltspunkte gewinnen, nach welchen in jedem einzelnen Falle die Frage, ob der Vertreter als techniſcher Stellvertreter oder als Commiſſionär gehandelt habe, zu beantworten ſein wird. Denn da dieſe Frage von der Willensinterpretation abhängt, und da der Wille der Contrahenten beim Mangel einer ausdrücklichen Feſtſetzung nach den Umſtänden zu ermitteln iſt, wird in allen Fällen, wo beſondere Gründe den Parteien den Abſchluß im Commiſſionswege räthlich erſcheinen laſſen müſſen, dieſe Art des Contrahirens auch thatſächlich als gewollt anzunehmen ſei, während umgekehrt, wo eigentliche Stellvertretung der Contrahenten größere Vortheile bietet, dieſe als vorhanden zu betrachten ſein wird.

Zunächſt wird der Umſtand, daß bei Commiſſionsgeſchäften der Commiſſionär, bei Stellvertretung aber der Vertretene die Verpflichtungen aus dem Geſchäft übernehmen muß, von weſentlicher Bedeutung bei allen jenen Rechtsgeſchäften, bei welchen die Perſon des Verpflichteten für den Mitcontrahenten von Wichtigkeit iſt. Alſo insbeſondere bei obligatoriſchen Verträgen. Ob der Commiſſionär oder der Mandant ihm aus dem Geſchäft haftet, kann für den Dritten von großer Bedeutung ſein. Iſt daher der Commiſſionär eine ihm bekannte zahlungsfähige Perſon, während die Creditwürdigkeit des Mandanten ihm vielleicht völlig unbekannt iſt, ſo wird anzunehmen ſein, daß er den Commiſſionär für die Erfüllung der Obligation verantwortlich machen wollte, während ihm die Perſon des Mandanten gleichgiltig blieb. Das Gegentheil wird angenommen werden müſſen, wenn ihm der Vertreter fremd, der Mandant dagegen als creditfähig wohlbekannt war. Umgekehrt kann aber auch der Wille des Vertretenden hier in Berückſichtigung kommen. Es wird nicht

angenommen werden können, daß der Vertreter ſich perſönlich zum Schuldner machen wollte, wo er an der Abſchließung des Vertrags gar kein perſönliches Intereſſe hatte und ſein Regreß gegen den Mandanten ſehr zweifelhaft iſt; vorausgeſetzt, daß dem Dritten dieſe Verhältniſſe bekannt ſind, wird vielmehr angenommen werden müſſen, daß hier der Tertius, um ein Geſchäft machen zu können, das Riſico der Zahlungsunfähigkeit des Mandanten auf ſich genommen habe und ſomit wahre Stellvertretung gegeben ſei. Dieſer Fall dürfte z. B. vorliegen bei den officiellen Vertretern einer Concursmaſſe; es iſt nicht anzunehmen, daß dieſe innerhalb ihres Amtes auf eigene Gefahr contrahiren; ebenſo bei Vormündern, syndici e. c.[162])

Andrerſeits entſteht in der Perſon des Commiſſionärs auch eine Berechtigung. Auch dies iſt in vielen Fällen ein Wegweiſer für die Interpretation. Die Berechtigung iſt dem Commiſſionär zunächſt wünſchenswerth, wenn ſein Anſpruch aus dem Mandatsverhältniß gegen den Auftraggeber nicht ſichergeſtellt, vielleicht auch nicht ſicher wäre. Sie iſt ihm werthvoll, wenn das von ihm abgeſchloſſene Geſchaft dazu beiträgt, ſein kaufmänniſches Anſehen, ſeinen Einfluß zu erhöhen. In ſolchen Fällen wird alſo vieles dafür ſprechen, ein Commiſſionsgeſchäft zu ſupponiren. Andrerſeits iſt aber die Berechtigung des Vertreters für den Mandanten gefährlich, wenn die Perſönlichkeit des Vertreters keine creditfähige, vertrauenswurdige iſt, wenn insbeſondere der Mandant durch die Berechtigung des Vertreters ſogar der Gefahr eines Verluſtes ausgeſetzt wäre; z. B. er hatte dem Mandatar die Baarmittel zum Abſchluß des Vertrags ſchon übergeben; wenn nun dieſer den Vertrag auf eigenen Namen ſtellt, ſo geräth der Dominus in Gefahr, der Rechte aus dem Mandat verluſtig zu gehen und mit der actio mandati zu kurz zu kommen, wenn der Mandatar z. B. in Concurs fällt, oder jene Rechte in Execution gezogen werden u. ſ. f., dann verliert alſo der Mandant die Leiſtung und die Gegenleiſtung.[163]) Es iſt deshalb anzunehmen, daß der Mandant hier wahre Stellvertretung wünſcht, und da im Zweifel auch ſupponirt werden

[162]) Unrichtig iſt alſo die Entſcheidung bei Seuffert Arch. VII. 121 Curatoren einer Fallitmaſſe wurden perſönlich zur Zahlung aus einem für die Maſſe eingegangenen Geſchaft verurtheilt Begründung: „Es lag in der Natur der Sache, daß die Klager, welche mit dem Zuſtande der Fallitmaſſe völlig unbekannt waren, und auch von den Beklagten hieruber nicht aufgeklart wurden, den Antrag lediglich in Zutrauen auf die Beklagten annahmen" Klager hatten aber vorſichtiger ſein ſollen, da ſie doch wußten es mit einer Fallitmaſſe zu thun zu haben

[163]) vgl Schliemann in Goldſchmidt's Zeitſchr. XVI. S. 31

muß, daß der Mandatar ſeinen Wünſchen beim Geſchäftsabſchluß Rechnung trägt, ſo werden derartige Verhältniſſe auf Stellvertretung hindeuten. Dies wird insbeſondere, wie Bremer[154]) mit Recht bemerkt, anzunehmen ſein, wenn Jemand Verträge und Erwerbshandlungen durch ſeine Dienſtleute vornehmen läßt. Es wird nicht anzunehmen ſein, daß, wenn der Herr ſeinen Diener auf den Markt ſchickt, um mit ſeinem Gelde einzukaufen, der Herr ſich der Gefahr ausſetzt, daß die gekauften Gegenſtände von den Gläubigern des Dieners in Beſchlag genommen werden. Vielmehr will er hier offenbar den Beſitz an dieſen Gegenſtänden durch den Diener ſofort erwerben. Dieſer Willensmeinung des Herrn wird ſich aber die Intention des Dieners in der Regel accommodiren, da im Zweifel anzunehmen iſt, daß derſelbe dem vernünftigen Intereſſe ſeines Herrn entſprechend handle.[155])

Bei Verfügungen über fremdes Vermögen wird ſchon eo ipso oft Stellvertretung angenommen werden können, weil nicht zu vermuthen iſt, daß der Disponent widerrechtlicher Weiſe im eigenen Namen über dasſelbe verfügen wollte. So wird, wenn Dienſtboten, Hausgenoſſen, Geſell-

---

[154]) a. a. O. S. 47 flg.

[155]) Einen claſſiſchen Beleg dafür, daß eine ſolche Interpretation des Parteiwillens gerechtfertigt iſt, bietet l. 9 § 1 D. ad Sc. Mac. 14. 6. „Si ab alio donatam sibi pecuniam filius credit ei solvendi an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Julianus si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis, si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere“ — Hier wird ſtatuirt, daß, wenn der Beſchenkende dem fil. fam. das Geld ausdrücklich zur Zahlung ſeiner Schuld ſchenkt, der Sohn als Stellvertreter ſeines Gläubigers anzuſehen ſei, weil andernfalls das Geld in das Vermögen des Vaters gerathe, und dem Gläubiger nicht zukommen könnte. Es liegt auf der Hand, daß dieſe Willensinterpretation eine reine Fiction enthält, indem der fil. fam. in der Regel an eine Stellvertretung ſeines Gläubigers nicht denken wird. Ganz in gleicher Weiſe kann daher in den Fällen des Textes interpretirt werden. Für unhaltbar muß dagegen ſtreng die Anſicht von Pagenſtecher, Eigenthum II. 205 gehalten werden, welcher beim Erwerb durch das Geſinde eine Analogie der römiſchen Hausunterthänigkeit ſtatuiren will. — Mit Recht betont ferner Jhering (Dogm. Jahrb. I. S. 335), daß auch darauf Rückſicht zu nehmen ſein wird, ob der Beauftragte dem Auftraggeber ſeine Dienſte zur Verfügung ſtellte, oder blos ſeine Leiſtung, im letzteren Falle wird in der Regel der Auftrag für ihn nur ein Motiv zur Erwerbung von Sachen im eigenen Namen ſein, z. B. wenn ein Jäger ſich anheiſchig macht, nur ein Reh zu liefern, umgekehrt würde es ſein, wenn ich einen in meinen Dienſten ſtehenden Jäger beauftrage, nur ein Reh zu ſchießen.

ſchaften ꝛc. ꝛc. Sachen, die ihrer Herrſchaft ꝛc. ꝛc. gehören, verkaufen, verleihen, verſchenken u. ſ. f., zu ſupponiren ſein, daß ſie es in deren Namen thaten. Noch andere Mittel der Willensauslegung ſind insbeſondere beim Sacherwerb, Anſchaffung der Sache mit dem Gelde, auf Koſten, für Rechnung des Geſchäftsherrn, Verwendung derſelben in deſſen Intereſſe, Aufbewahrung geſondert von anderen Sachen des Beauftragten oder in Verbindung mit denjenigen des Geſchäftsherrn, Bezeichnung der Sache mit der Namensſchiffre des Geſchäftsherrn, des Geſchäfts oder des Beſitzthums, Einlage in die für ihn beſtimmten Caſſen, Eintragung in das Verzeichniß der zur Geſchäftsführung des Dominus gehörigen Gegenſtände, ja auch blos die Beſchaffenheit der Sache an ſich, wenn ſelbige ſich als eine der eigenen Perſon des Verwalters unangemeſſene, für die Geſchäftsführung nöthige oder nützliche darſtellt.[154]) In oft ſind derartige Mittel die einzigen für den Stellvertreter, die geſchehene Erfüllung ſeiner Pflichten zu manifeſtiren und eine weitere Verantwortlichkeit, ſowie die Gefahr der Sachen von ſich abzuwälzen. Auch Umſtände, welche dem Rechtsgeſchäft erſt nachgefolgt ſind, können als Indicien des Parteiwillens fungiren. Z. B. wird, wenn der Dritte von ſeinem Mitcontrahenten im eigenen Namen Sicherheit oder Theilzahlung annahm, das darauf hinweiſen, daß an ein Commiſſionsgeſchäft gedacht war.[155]) Oder — ein Fall der namentlich im ehelichen Verhältniß ſehr oft praktiſch wird — eine Frau miethet eine Wohnung, ſpäter zieht ſie mit ihrem Ehegatten in dieſelbe ein und es wird dem Vermiether ein auf den Ehegatten lautender polizeilicher ſog Meldzettel übergeben. Hier iſt anzunehmen, daß der Vermiether nachträglich eingewilligt habe, den Gatten als Contrahenten und jenes Geſchäft nur als ein ſtellvertretendes anzuſehen u. ſ. f.

Schließlich ſoll noch betont werden, daß die freie richterliche Beurtheilung der Frage, ob nach den Umſtänden anzunehmen ſei, daß Jemand nicht im eigenen Namen, ſondern als Stellvertreter gehandelt habe, auch dadurch nicht ausgeſchloſſen wird, daß derſelbe ſich in irgend einem ſchriftlichen Aufſatz über das betreffende Rechtsgeſchäft als Selbſtcontrahenten bezeichnet hat. Namentlich alſo auch nicht dadurch, daß er eine Schuldverſchreibung im eigenen Namen ausgeſtellt hat. Auch bei einem ſolchen Schriftſtück kann ebenſo gut wie bei einem blos mündlichen

---

[154]) Bremer a. a. O. S. 97, vgl. auch die von demſelben in Linde's Zeitſchr. XI S. 243 mitgetheilten Rechtsfälle

[155]) vgl O. G. H. Nr. 4143.

Contractabſchluß bewieſen werden, daß der Ausſteller eine Verpflichtung im eigenen Namen nicht zu übernehmen gedachte. Wenn alſo auch Jemand in einem Schuldſchein bekennt: „Ich habe 100 als Darlehen erhalten und verpflichte mich, dieſelben zurückzubezahlen", ſo iſt hiedurch noch immer nicht ausgeſchloſſen, daß er hiebei ſich gar nicht verpflichten wollte, ſondern lediglich als Stellvertreter handelte.

Das Geſagte wird auf das allervollkommenſte beſtätigt durch l. 20 D. de inst. a°. 14, 3.[158])

Lucius Titius mensae nummulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum; is Gaio Seio cavit in haec verba: Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias. Quaesitum est Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistola iure conveniri Terminalis possit? Respondit, nec iure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset.

Hier hatte ein Inſtitor in dieſer Eigenſchaft, ohne jedoch derſelben zu erwähnen, vielmehr im eigenen Namen einen Schuldſchein ausgeſtellt; der Juriſt meint: Abgeſehen davon, daß dieſer Schuldſchein unverbindlich iſt (wegen mangelnder Stipulationsform), wäre es auch ſchon deswegen unbillig, den Inſtitor aus demſelben haften zu laſſen, weil er hiemit nicht für ſich, ſondern für die Bank ein Schuldbekenntniß ausſtellen wollte.

Ich würde es kaum für nothwendig gehalten haben, dieſen einleuchtenden und bekannten[159]) Satz neuerdings hervorzuheben, wenn nicht gerade dieſer Satz in jüngſter Zeit ſo ſtark verwiſcht worden wäre von Ruhſtrat in deſſen Aufſatz „uber die Negotiorum Gestio des dritten Contrahenten". Ruhſtrat referirt hier nämlich[160]) folgenden Fall:

Die Vorſteher einer Genoſſenſchaft V und R hatten behufs einer von der Genoſſenſchaft durchzuführenden techniſchen Anlage ein Darlehen aufgenommen, über welches ſie folgenden Schuldſchein ausſtellten:

„Die Unterzeichneten bekennen, daß der Landmann M zu V ihnen

[158]) Vgl. auch l. 5 § 1 D. qdo. ex fa. tut. 26, 9.

[159]) Vgl. z. B. ſchon unter den älteren Schriftſtellern Carpzov P. I dec. 10, n° 3. Struk l. c. u. a.

[160]) S. 49.

1500 Mark baar geliehen hat, und verſprechen, dieſes Capital mit vier von hundert jährlich zu verzinſen.

V...., den 4. April 1858. gez. P. R.

Der Namensunterſchrift war kein auf die Vorſteherqualität hindeutender Zuſatz beigefügt.

Ruhſtrat ſucht nun in dieſem Fall die Nothwendigkeit der Actio Negotiorum Gestorum für den dritten Contrahenten nachzuweiſen. Auf dieſe Frage iſt hier nicht weiter einzugehen; gegenwärtig intereſſirt uns nur, wie Ruhſtrat nachzuweiſen ſucht, daß aus obigem Schuldſchein nur P und R ad personam haften können. Er gibt hiebei zu, daß auf die Stellvertreterqualität auch aus den Umſtänden geſchloſſen werden könne. Aber „Alles, was ſich aus den Umſtänden etwa dafür entnehmen ließ, daß die Vorſteher der Genoſſenſchaft als deren Stellvertreter contrahirt hätten, wurde durch den Inhalt des Schuldſcheins vollſtändig widerlegt, da ſie nach deſſen Worten die Obligation auf ihre eigenen Schultern genommen haben.“ Dieſe Bemerkung iſt es, welche auf's Entſchiedenſte zurückgewieſen werden muß. Die Ausſtellung des Schuldſcheins ohne Berufung auf die Genoſſenſchaft beweiſt noch gar nicht, daß die Vorſteher ſich durch den Schuldſchein ſelbſt verpflichten wollten. Mit Recht hat das Entſcheidungsgericht in jenem Fall im entgegengeſetzten Sinne entſchieden, und es kann nur der Wunſch ausgeſprochen werden, daß jene unrichtige Bemerkung Ruhſtrat's nicht weiteren Anklang finde, wovor hiemit ausdrücklich gewarnt werden ſollte.

III. Im Anſchluſſe an dieſe materiellrechtlichen Erörterungen iſt noch die Beweisfrage zu beſprechen: Wer hat, wenn es ſtreitig iſt, ob Stellvertretung vorliege oder ob im eigenen Namen gehandelt worden ſei, den Beweis zu führen?

Die Frage kann in doppelter Form vorkommen. Entweder ſo, daß Jemand, der aus einem Vertrag im eigenen Namen belangt wird, einwendet: Ich habe nicht im eigenen Namen, ſondern als Stellvertreter contrahirt. Oder ſo, daß dem Kläger, der im eigenen Namen klagt, eingewendet wird: Du haſt nicht proprio, ſondern mandatario nomine contrahirt. Die Frage iſt aber in beiden Fällen die gleiche: Muß Derjenige, welcher behauptet, ein Geſchäft ſei proprio nomine geſchloſſen, dieſe Behauptung beweiſen, oder muß die Negation, dasſelbe ſei nicht proprio, ſondern mandatario nomine geſchloſſen, bewieſen werden. In der Literatur wird übrigens in der Regel nur die erſtere Faſſung des Streitpunktes beſprochen: Iſt, wenn Jemand aus einem Vertrag belangt

wird und einwendet, als Stellvertreter contrahirt zu haben, er beweispflichtig oder der Kläger? Wir wollen der leichteren Darstellung wegen im Folgenden immer diesen Fall voraussetzen; Alles zu sagende gilt auch für die entgegengesetzte Alternative.

Die Frage ist äußerst bestritten:

Curtius (Arch. f. civ. Prax. LVIII. S. 78) sagt: „Wer behauptet, im fremden Namen contrahirt zu haben, gibt zu, daß er contrahirt hat; die regelmäßige Folge des Contrahirthabens ist aber das Verpflichtetwerden. Wer also jenes zugibt und dieses leugnet, muß einen selbständigen Grund dafür anführen und beweisen."

Ebenso behauptet Rudorff (in Puchta's Pand. § 279): „der Mandatar habe die Beweislast (daß er alieno nomine contrahirt habe), weil er Contrahent sei." [161])

Auf diesem Standpunkte steht auch die Mehrzahl der gerichtlichen Entscheidungen; so Seuffert Arch. XII. 27, XV. 272, XXI. 162, XVI. 150, XVII. 107, XXII. 126, und Entsch. des O. A. G. München in Goldschmidt's Zeitschr. VII. 611, wo vielfach von einer Präsumtion des Contrahirens im eigenen Namen gesprochen wird.

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Laband (a. a. O. S. 214 Note 51): Es „hat nach richtiger Ansicht der Verklagte, welcher behauptet, das der Klage zu Grunde liegende Geschäft nur als Stellvertreter eines Dritten geschlossen zu haben, die Beweislast hiefür .... Wenn der Kläger den Beweis erbringt, daß er mit dem Verklagten contrahirt habe, so steht ihm die Vermuthung zur Seite, daß der Geklagte für sich contrahirt habe, und diese Vermuthung muß der Geklagte durch Gegenbeweis entkräften."

Dieselbe Anschauung ist zur Geltung gebracht bei Seuffert I. 193, VIII. 103, XXII. 84, XXVI. 184, ferner Entsch. des O. A. G. Dresden vom 27. October 1859, bei Goldschmidt's Zeitschr. f. H. R. VII. S. 610 und Entsch. des Reichsgerichts in Civ.-S. III. S. 122.

Die letzteren Entscheidungen stehen auf dem allein richtigen Standpunkt. Vor Allem ist es unrichtig, zu sagen, Derjenige, der zugibt,

[161]) Man beachte auch hier, wie aus dem abstracten Theorem, der Stellvertreter sei „Contrahent", praktische Folgerungen gezogen werden (Daß dieselben noch dazu durch unrichtige Schlüsse gewonnen wurden, ist im Text ausgeführt.) Curtius und Rudorff leiten die Entscheidung dieser Frage aus jenem abstracten und niemals bewiesenen Satze her. Die Theorie Savigny's müßte dann consequent sagen, da der Stellvertreter nicht Contrahent ist, hat er auch nicht die Beweislast. Und keine der beiden Ansichten könnte natürlich die andere widerlegen!

contrahirt zu haben, aber nur in fremdem Namen, gebe damit das Klagefundament zu, jener Beisatz sei also technische exceptio, welche bewiesen werden müsse. Mit Recht bemerkt dagegen Laband, daß der Stellvertreter mit jenem Einwand eben das Klagfundament, nämlich die durch den Contract erfolgte Uebernahme einer Verpflichtung leugne, somit seine Einlassung negative Litiscontestation sei Die nothwendige Folge ist, daß der Geklagte durch obiges Zugeständniß den Kläger noch immer nicht von der Beweislast hinsichtlich der Klagthatsachen enthoben hat. Der Kläger muß also beweisen, daß der Geklagte im eigenen Namen contrahirt hat. Wie erbringt er nun diesen Beweis? Er erbringt ihn dadurch, daß er Thatsachen anführt und beweist, aus welchen hervorgeht, daß der Geklagte contrahirt hat, ohne daß Bezugnahme auf einen Principal dabei ersichtlich wäre.[162]) Hiemit hat er seinen Standpunkt vorläufig begründet, denn Contrahiren ohne Bezugnahme auf einen Principal wirkt eben verpflichtend, ist also eine rechtserzeugende Thatsache.

Unrichtig ist aber die Begründung, welche Laband unserem Satze gibt. Laband führt als Grund an, daß eine allgemeine Präsumtion für das Contrahiren im eigenen Namen spreche. Das ist ganz unbewiesen. Gerade weil man heutzutage nicht blos im eigenen, sondern auch in fremdem Namen contrahiren kann, ist mit der bloßen Thatsache, daß man contrahirt hat, für die eine oder die andere Alternative noch gar nichts gegeben.[163]) Mag sein, daß Contrahiren im eigenen Namen das häufigere ist; das häufigere muß aber noch nicht präsumirt werden.

Hat nun der Kläger in dem von uns bezeichneten Sinne Beweis erbracht, dann obliegt es dem Geklagten, zu beweisen, daß der vom Kläger behauptete Hergang sich nicht so, sondern anders verhalten habe, daß also sein Contrahiren nicht ohne, sondern mit Bezugnahme auf einen Principal vor sich gegangen sei. Dies ist also nicht Beweis einer Einrede, wie Curtius und Rudorff meinen, es ist nicht Beweis gegen eine

[162]) Der Kläger wäre also sofort abzuweisen, wenn aus seinen Beweismitteln sich ergeben würde, daß z. B der Geklagte offenbar in seiner Institorenqualität, etwa als Commis im Laden, contrahirt hatte Er muß vielmehr ein selbständiges Auftreten des Geklagten beweisen. Dagegen ist allerdings richtig, daß ihm dieser Beweis durch concrete Zugeständnisse des Geklagten erspart werden kann: z. B. der Geklagte gesteht die Echtheit einer Urkunde zu, in welcher er geschrieben hat, „ich verpflichte mich", dann muß er beweisen, daß er sich doch nicht verpflichten wollte (Vgl Seuffert Arch XXII 81)

[163]) So richtig auch Ruhstrat Arch. f. civ. Prax XXX. S 353, Not. 25.

Vermuthung, wie Laband meint, ſondern es iſt wahrer techniſcher Gegenbeweis.

Hieraus ergibt ſich der wichtige Unterſchied zwiſchen der hier vertretenen und den übrigen angefochtenen Anſichten, die Anſicht Laband's nicht ausgenommen.

Wäre dieſer Beweis des Geklagten Einredebeweis oder Entkräftung einer Vermuthung, ſo wäre er proceſſual der erſte Beweis, ſomit hiegegen ein Gegenbeweis zuläſſig. So aber iſt er ſelbſt Gegenbeweis gegen den vorhergegangenen Beweis des Klägers; folglich kann (nach dem älteren gemeinen und dem öſterreichiſchen Civilproceßrechte) ein weiterer Beweis des Klägers nicht mehr zugelaſſen werden; es tritt die Regel ein: Reprobatio reprobationis non datur.[164])

Zweitens kann derſelbe, wie jeder Gegenbeweis, nicht durch Haupteid geführt werden.[164a])

§ 17.

Die Wirkung des ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfts für den Vertreter. Allgemeine Bemerkungen.

Iſt in der eben bezeichneten Art dem vom Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeſchäft die Richtung auf den Dominus gegeben, ſo iſt nun feſtzuſtellen, welche Wirkungen dieſes Rechtsgeſchäft trotz obiger Intention für den Stellvertreter etwa noch haben kann.

Die Frage, um die es ſich handelt, iſt hiebei immer die, ob die Abſicht des Stellvertreters, die Wirkungen des Rechtsgeſchäfts nicht in der eigenen, ſondern in fremder Perſon zu erzeugen, dieſelben alſo von ſich fernzuhalten, rechtliche Wirkungen haben kann, und wenn, inwieweit?

Als ſicherer Ausgangspunkt zur Beantwortung dieſer Frage muß der Satz dienen, welcher dem ganzen heutigen Recht der Stellvertretung zu Grunde liegt: *der Stellvertreter will durch das Rechtsgeſchäft für ſich ſelbſt keine Rechtswirkungen erzeugen und dieſen Willen erkennt das Recht inſofern an, als es die Rechtswirkungen ſofort und ohne Durchgang in der Perſon des Principals entſtehen läßt.* In dieſer Faſſung braucht der Satz wohl nicht den Vorwurf einer petitio principii zu fürchten. Denn er enthält noch gar keine Antwort auf unſere Frage.

[164]) Vgl. Bayer Vortr. § 237 VI.

[164a]) Rizy Haupteid S. 67 flg. Rippel Erl. z. a. G. O. § 206, sub b.

ſondern iſt lediglich der Ausdruck des, wie oben[165]) gezeigt, bei der weitaus überwiegenden Anzahl der Schriftſteller, ſowie überall im Verkehr zu Tage tretenden Rechtsbewußtſeins.

Allerdings aber ergibt ſich aus dieſem Grundſatz eine ſehr weitgehende Folgerung für das in Rede befindliche Problem; die Folgerung nämlich, daß, weil der Stellvertreter die Rechtswirkungen in ſeiner Perſon nicht entſtehen laſſen will, in ſeiner Perſon nun auch wirklich diejenigen Wirkungen nicht entſtehen, welche *nur aus dem Willen der Parteien* hergeleitet werden können. Mit anderen Worten: Gewollte Wirkungen erzeugt das Rechtsgeſchäft für den Stellvertreter nie, weil ihm hiezu eben jeglicher Wille mangelt.

Hieraus ergeben ſich als Fundamentalſätze:

Bei obligatoriſchen Rechtsgeſchäften wird der Vertreter weder berechtigt, die Erfüllung zu verlangen, noch verpflichtet, die Erfüllung zu beſchaffen, weil dieſe Berechtigung und dieſe Verpflichtung nur aus dem Willen hergeleitet werden kann. Bei Traditionen will er nicht ſein Eigenthum, ſondern nur das ſeines Principals übertragen; iſt daher nicht dieſer, ſondern er ſelbſt Eigenthümer der tradirten Sache, ſo verliert er ſein Eigenthum durch die Tradition nicht.[166]) Den Proceß führt der Stellvertreter mit der Abſicht, für den Dominus ein Urtheil zu erwirken; Conſumtion und Rechtskraft des Urtheils treten daher für ihn niemals ein u. ſ. w.

Eine ganz andere Frage iſt es aber, ob nicht aus anderen Gründen das Rechtsgeſchäft für den Stellvertreter doch wirkſam werden kann. Die gegenwärtig gangbaren Theorien der Stellvertretung ſtehen zwar auf dem Standpunkt, daß mit der Theſe: „der Stellvertreter will für ſich keine Rechten und Pflichten", Alles weitere abgeſchnitten iſt; ſie kommen, wie wir dies oben[167]) gezeigt haben, mit dieſer Theſe ſofort zu dem Reſultate, es ſei nun Alles ſo zu halten, als ob der Stellvertreter gar nicht gehandelt hätte; weil der Stellvertreter nicht für ſich handeln wollte, können auch gar keine rechtlichen Conſequenzen für ihn entſtehen; denn —

---

[165]) §§ 8—12.

[166]) l. 35 D. de A. R. D. 41, 1. l. 49 D. mand. 17, 1. Hiezu *Jhering* Jahrb. f. Dogm. I. S. 306, Not. 35. Ueber andere Anſichten bezüglich dieſer Stellen *Brinz* (Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 S. 319 flg.) woſelbſt ſich auch (S. 344 flg.) die richtige Erklärung der ganz überflüſſiger Weiſe zu dieſer Frage herangezogenen l. 10 § 1 D. cur. fur. 27, 10 findet.

[167]) S. §§ 11 u. 12.

das iſt der verſchwiegene Grundgedanke hiebei — jedes Rechtsgeſchäft kann nur einen Contrahenten haben, daher nur für dieſen perſönlich wirkſam ſein.

Dieſe Auffaſſung iſt unhaltbar. Es wird ſich vielmehr herausſtellen, wie der Umſtand, daß der Stellvertreter ein Rechtsgeſchäft, wenn auch nicht im eigenen Namen, abgeſchloſſen hat, noch in gar manchen Beziehungen wichtig werden kann. Es ſollte eben nicht überſehen werden, was jene Theorien immer überſehen, daß ein Rechtsgeſchäft nicht blos Wirkungen erzeugt, welche auf dem Willen der Parteien beruhen, ſondern auch ſolche, welche unabhängig von einem eigens darauf gerichteten Willen eintreten. Solche Wirkungen aber erzeugt die Stellvertretung auch für den Stellvertreter.

Dies wird nunmehr im Einzelnen zu unterſuchen ſein.

Hiebei werden wir jedoch die verſchiedenen Arten von Rechtshandlungen, welche hier überhaupt zur Sprache kommen, getrennt zu behandeln haben. Die Gründe dafür liegen hauptſachlich darin, daß die heterogene Natur der verſchiedenen Rechtsgeſchäfte auf obige Frage in ganz differirender Weiſe reagirt. Dies wird übrigens durch die nachſtehenden Ausführungen von ſelbſt klar werden.

Es gelangen demnach zur Beſprechung insbeſondere

a) Obligatoriſche Verträge.

b) Proceßfuhrung.

c) Beſitzerwerb und Beſitzſtörung.

Bei anderweitigen Rechtsgeſchäften laſſen ſich, ſo viel ich gegenwärtig ſehe, Nebenwirkungen für den Stellvertreter nicht wohl denken; dieſelben bieten daher keinen Anlaß zur Beſprechung.

§ 18.

Die Wirkung obligatoriſcher Verträge für den Stellvertreter insbeſondere.

A. Haftung des Stellvertreters für Dolus und Culpa bei Eingehung obligatoriſcher Verträge.

Wir haben geſagt: Da der Stellvertreter ſich nicht berechtigen und verpflichten will, tritt bei obligatoriſchen Verträgen für ihn auch keine Berechtigung und keine Verpflichtung zur Erfullung ein. Der Stellvertreter wird alſo namentlich nicht verpflichtet, zu erfüllen; er iſt auch nicht verpflichtet, der Erfüllung nicht zuwiderzuhandeln. Denn eine ſolche

Verpflichtung könnte eben nur aus einer übernommenen Obligation hergeleitet werden; eine ſolche beſteht aber nicht. Vielmehr tritt mit Abſchluß des Vertrags der Procurator ganz in den Hintergrund; er iſt jetzt für das Obligationsverhältniß ebenſogut ein Fremder, als wenn der Dominus den Vertrag perſönlich abgeſchloſſen hätte. Der Stellvertreter haftet alſo für einen nach Abſchluß des Vertrags begangenen Dolus oder Culpa nicht. Ebenſowenig iſt er berechtigt, Erfüllung zu verlangen.

Schwieriger geſtaltet ſich die Frage, wenn ſchon der Abſchluß des Rechtsgeſchäfts nicht glatt vor ſich geht, ſondern hier durch Verſchulden des Stellvertreters eine Sachlage herbeigeführt wird, die von den Parteien von vornherein nicht intendirt war.

Ein ſolches Verſchulden des Vertreters läßt ſich in zweierlei Weiſe denken.

1. Entweder der Stellvertreter begeht, bei richtigem Beſtand der Vollmacht, wie er ſie angegeben hatte, ein Verſchulden dadurch, daß er dem Tertius gegenüber die beim Abſchluß von Verträgen gebotene Aufmerkſamkeit außer Acht läßt, wodurch dieſer zu Schaden kommt. Alſo z. B. die Waare, die der Stellvertreter dem Tertius verkauft, beſitzt einen Fehler, für welchen Verkäufer einzuſtehen hat, die vom Stellvertreter dem Tertius geliehene, bei ihm deponirte Sache iſt gefährlich, der Stellvertreter unterläßt in all' dieſen Fällen dem Tertius die ſchuldige Anzeige zu erſtatten und dieſer kommt hiedurch zu Schaden.

2. Oder der Stellvertreter beſaß nicht einmal die Vollmacht in dem angegebenen Maße und der Dominus verweigert die Erfüllung.

Die Theorien, welche gegenwärtig über die Stellvertretung beſtehen, führen in dieſer Richtung zu durchaus unbefriedigenden Reſultaten. Jene Theorie, welche den Dominus für den alleinigen Contrahenten hält, führt nothwendig zu dem Schluſſe, daß der in der Stellung eines bloßen Boten befindliche Stellvertreter für eigene Culpa und für das Vorhandenſein einer Vollmacht nicht zu haften hat. Ebenſo kommt aber auch die Theorie, welche den Stellvertreter als Contrahenten anſieht, zu keinem befriedigenden Reſultate, weil ſie nur den Vertragsabſchluß in der Perſon des Dominus entſtehen läßt, alle Rechtswirkungen desſelben aber ſofort in die Perſon des Dominus wirft, ſo daß ſie ſich eigentlich von der erſten Theorie hier nur formell unterſcheidet. Und doch iſt es klar, wie bei einer ſo formaliſtiſchen und einſeitigen Auffaſſung des Stellvertretungsverhältniſſes die wichtigſten Verkehrsbedürfniſſe unbefriedigt bleiben müſſen.

Man ſetze den Fall, A als ſtellvertretender Negotorium Geſtor des B verkauft dem C eine Partie Waare und liefert dieſelbe ſofort. C nimmt dieſelbe bis zur weiteren Entſchließung des B in Verwahrung, und als B darauf ſeine Genehmigung verweigert, will er dieſelbe zurückſtellen, entdeckt aber nunmehr, daß dieſe Waare theilweiſe feucht geweſen, ſo daß ſein ganzes Waarenlager hiedurch verdorben worden iſt. An B kann er ſich dieſerhalb nicht halten, weil B ihm die Waare nicht verkauft hat, nach der herrſchenden Lehre würde er ſich aber auch an A nicht halten können, weil dieſe, wollte ſie irgendwie conſequent bleiben, ihm erwidern müßte: A hat für ſich keinen Vertrag geſchloſſen, muß alſo von aller Haftung frei bleiben.

Die vollſtändige Unmöglichkeit dieſes Reſultats liegt auf der Hand. In der That muß man ſich geſtehen, daß, wenn ſolche Reſultate aus der Zulaſſung der freien Stellvertretung entſpringen könnten, der Gewinn, den wir durch Anerkennung dieſes Rechtsinſtituts gemacht hätten, ein höchſt problematiſcher wäre. Sollte es wirklich möglich ſein, daß der Stellvertreter mit dritten Perſonen in rechtsgeſchäftliche Verbindung tritt, ohne die Verpflichtungen, die ſolche Verbindung dem Contrahenten auferlegt, über ſich nehmen zu müſſen, dann wäre das Rechtsinſtitut der Stellvertretung wirklich eine gefährliche Neuerung.[168]) Gerade dies aber iſt offenbar unrichtig und Fälle wie der eben dargeſtellte, zeigen auf das Deutlichſte, wie verfehlt dieſe Auffaſſung iſt, welche die landläufigen Theorien, an der Oberfläche der Sache hinſtreifend, hier eingeführt haben

Allerdings iſt richtig, was die herrſchende Lehre gewöhnlich als Argument für ihre Theſe anführt, daß der Stellvertreter gar nicht den Willen hat, ſich auf Erfüllung des Hauptvertrags, den er für den Dominus ſchließt, zu verpflichten. Nur iſt damit nicht bewieſen, daß er für ſich ſelbſt keinen Vertrag und kein rechtsgeſchäftliches Verhältniß begründet.

[168]) Und inſofern kann man allerdings manches für den, auch von uns nicht ganz abgelehnten (oben S. 32) Gedanken geltend machen, daß die Ausſchließung der Stellvertretung im römiſchen Rechte zum Theil auch eine Aeußerung jenes reinen Tactes iſt, der Complicationen wie die hier berührte, welche die Stellvertretung mit ſich bringt, auszuſchließen ſuchte Es gilt hier, was Bähr (Dogm Jahrb I S. 447) von der Ceſſion ſagt „Wenn man dieſe und viele ähnliche aus der Ceſſionslehre hervorgehende Schwierigkeiten betrachtet, welche ſelbſt die feinſte Detailbildung des Rechts kaum zu überwinden vermag, ſo bekommt man eine ganz andere Anſchauung von der tiefinneren Begründung des altrömiſchen Satzes Obligationen ſind unübertragbar, als durch die bogenlangen Abhandlungen der Neuern über die Geneſis und Structur der Obligation."

Das Weſen des Vertrags liegt im Conſenſus, und ein ſolcher liegt hier doch gewiß auch zwiſchen Stellvertreter und Tertius vor. Allerdings iſt er nicht primär auf Erzeugung einer Verbindlichkeit für den Stellvertreter gerichtet; dies iſt aber für die Entſtehung einer Rechtsverbindlichkeit durchaus nicht nothwendig. Maßgebend iſt vielmehr, daß durch dieſen Conſens zwiſchen dem Stellvertreter und dem Dritten ein Verhältniß begründet werde, kraft deſſen der letztere darauf angewieſen iſt, ſich in manchen Beziehungen, auf die Diligenz und Reellität des Stellvertreters zu verlaſſen, ſo namentlich in Beziehung darauf, daß der Stellvertreter nicht im Vertragsabſchluß ſelbſt ihn zu Schaden bringe. Auch dieſe Gefahr des contractlichen Verkehrs will das Recht durch Gewährung der Vertragsklagen beſeitigen, und es nicht abzuſehen, warum der Verkehr des Stellvertreters mit dem Tertius dieſer rechtlichen Sanction deswegen entbehren ſollte, weil jener ſich ſelbſt zu nichts verpflichten will. Auch der Contrahent im eigenen Namen haftet ja auch dort, wo er ſich lediglich zu nichts verpflichten wollte. So haftete der precario dans und Deponent dafür, daß ſie durch die Hingabe den Preciariſten und Depoſitar nicht verletzen, obwohl ſie weit entfernt davon ſind, irgend welche contractliche Verbindlichkeit auf ſich nehmen zu wollen Es iſt nicht abzuſehen, warum der Stellvertreter, der doch auch im Einverſtändniß mit dem Tertius ein Vertragsverhältniß feſtſtellt, aller dieſer Obliegenheiten, welche die bona fides des Verkehrs nothwendig mit ſich bringt, entbunden ſein ſollte, blos weil er ſich nicht auf Erfüllung des Hauptvertrags verpflichten wollte. Meines Erachtens muß vielmehr geſagt werden: Wer mit einem Andern ein Rechtsgeſchäft abſchließt, tritt dadurch ſchon eo ipso unter die Herrſchaft des Grundſatzes, daß im Vertragsverkehr kein Theil auf Unkoſten des Andern ſich Nachläſſigkeiten zu Schulden kommen laſſen darf. Ob er ſich durch den Vertrag zu irgend etwas verpflichten wollte, bleibt hiebei gleichgiltig, wie man an dem Beiſpiel des Deponenten ſieht; er wird von Rechtswegen zur Diligenz verpflichtet.

Erfüllt der Contrahent dieſe Verpflichtungen nicht, ſo iſt dies culpa in contrahendo Indem ich hiemit ein von Ihering erfundenes Schlagwort auf unſere Fälle anwende, erwächſt mir die Verpflichtung, die Bedeutung, in welcher dieſer Ausdruck hier gebraucht wird, gegenüber der Theorie Ihering's zu präciſiren Ich kann nun vor Allem Ihering in der weiten Anwendung, die er dieſem Begriff gibt, nicht beitreten. Ihering ſcheint mir vor Allem darin zu weit zu gehen, daß er ſeinen Gedanken, Jedermann hafte für Verſchuldung in Eingehung von Ver-

trägen, auch dort zur Anwendung bringt, wo eine Verſchuldung offenbar nicht vorliegt und den Contrahenten erſt aufoiſputirt werden muß; z. B. in dem Fall, daß das als Mittel der Willenserklärung gewählte Organ — z. B. der Telegraph [169]) — die Willenserklärung gefehlt wiedergibt In derartigen Fällen von einer Haftung wegen culpa in contrahendo zu ſprechen, muß den ganzen Begriff nothwendig verwiſchen, und indem gerade auf ſolche Fälle von Ihering das Schwergewicht gelegt wird, iſt der große Widerſtand, den ſeine Theorie gefunden hat, vollkommen begreiflich Ferner iſt ihm darin nicht beizuſtimmen, daß er ſeine Deductionen hauptſächlich auf Quellenausſprüche, wie l 62 § 1 D de C. E. 18, 1, l. 8 § 1 D. de relig. 11, 7, l. 8, 9 D. de H V. 18, 4 ſtützt, welche, wie bereits von Anderen bemerkt worden iſt, von Culpa überhaupt keine Andeutung enthalten In jenen Stellen iſt vielmehr die Verpflichtung des Contrahenten auf Schadloshaltung lediglich ein Reſiduum ſeiner nicht realiſirbaren Verpflichtung auf Erfüllung: wer, wie es in den bezeichneten Quellenausſprüchen geſchieht, eine unmögliche Leiſtung zuſagt, kann natürlich nicht auf Erfüllung und ebenſowenig auf ein Aequivalent der Erfüllung verpflichtet ſein; aber deswegen kann doch ſein Verpflichtungswille noch immer berückſichtigt werden, und dies geſchieht, indem man ihn wenigſtens dazu verhält, den durch die Unmöglichkeit der Erfüllung dem Dritten erwachſenden Schaden zu erſetzen. [170]) Dies iſt eben gewiſſermaßen das Minimum, auf welches die Obligation zuſammenſchrumpft, dieſes Minimum aber wird dem Promittenten aufgebürdet nicht in Folge eines ihm obliegenden Verſchuldens, ſondern als Folge ſeiner obligatoriſchen Erklärung. Die bezogenen Stellen beweiſen alſo nicht für Ihering. Dem entgegen berufen wir uns für unſere Behauptung, daß auch der Stellvertreter aus dem Vertragsabſchluß haſte, auf das unanfechtbare Gebot des Rechts: Kein Contrahent darf den andern bei Eingehung von Obligationen culpos oder dolos beſchädigen, auch dann nicht, wenn der Vertrag im Uebrigen für ihn gar nicht verpflichtend iſt.

Der dritte Punkt, in welchem ich von Ihering differire, iſt die Art der Anwendung ſeiner Theorie auf unſere Stellvertretungsfälle. Aus den Aeußerungen Ihering's (a. a. O. S. 53 flg.) geht nämlich hervor, daß er, der herkömmlichen Unterſcheidung von Boten und Stellvertreter folgend, den Stellvertreter für eine etwa begangene culpa in contrahendo haften läßt, den Boten aber nicht — weil letzterer ja nicht con-

[169]) Jahrb f. Dogm. IV. S. 83 flg.
[170]) Gleicher Anſicht Savigny Obl. R. II. S. 290.

trahirt. Dies erſcheint mir vom Standpunkt Ihering's als eine Halbheit. Geht man nämlich einmal ſo weit, eine contractliche Haftung für culpa in contrahendo auch dort eintreten zu laſſen, wo Jemand ſich überhaupt nicht verpflichten wollte, wie Ihering für den Stellvertreter ſelbſt behauptet, dann iſt es wohl nur conſequent, auch für den Boten eine derartige Haftung wenigſtens nicht für unmöglich zu erklären.

Im Gegentheil, es muß von dem hier vertretenen Standpunkt aus die Anſicht aufgeſtellt werden, daß auch der techniſch ſogenannte Bote, d. i. jener Stellvertreter, der nur einen präciſen Vertragswillen des Principals übermittelt, und zwar ohne ſich als ſelbſthandelnd zu geriren, für culpa in contrahendo haftbar werden kann — vorausgeſetzt nur, daß er die Vermittlung des Rechtsgeſchäfts mit dem Bewußtſein der Bedeutung desſelben beſorgt habe. Trifft dieſe Vorausſetzung zu, dann iſt auch er zu dem Dritten in contractliche Beziehungen getreten; denn er hat das Geſchäft vermittelt, und er hat dasſelbe, wenn auch nicht bedacht und beſchloſſen, ſo doch gefördert. Dies macht ihn aber dem Dritten gegenüber nach bona fides verantwortlich, denn der Dritte verläßt ſich eben bis zu einem gewiſſen Grade auch auf den Nuntius, und dieſes Vertrauen muß geſchützt werden.

Die nothwendige Vorausſetzung für eine derartige Haftung des Boten iſt wie geſagt nur die, daß er den Vertrag mit dem Bewußtſein von deſſen Weſen und Bedeutung vermittle. Denn andernfalls iſt überhaupt an eine Culpa des Boten nicht zu denken. Wer rein mechaniſch eine auswendig gelernte Formel herſagt, ohne zu wiſſen, daß es ſich hier um die Eingehung eines Rechtsgeſchäfts handelt, kann dadurch unmöglich den ſtrengen Verpflichtungen zur Diligenz, welche die bona fides den bei Eingehung eines Rechtsgeſchäfts betheiligten Perſonen auferlegt, unterworfen werden. Anders Derjenige, der ſehr wohl weiß, welche weitgehende Bedeutung ſeine Worte für Denjenigen haben, an den er ſie richtet. Wir werden übrigens auf dieſen Punkt unten noch zurückzukommen haben.

Mit dem Geſagten kommen wir allerdings zu einem eigenthümlichen Reſultate, nämlich dazu, daß die Klage aus dem einen Vertrag ſich alternativ gegen zwei Perſonen richten kann, nämlich gegen den Vertretenen eo ipso und auf Erfüllung, unter Umſtänden aber ſtatt gegen ihn gegen den Vertreter wegen culpa in contrahendo. Dieſe Erſcheinung iſt aber eben provocirt und erklärt ſich durch das Weſen der Stellvertretung, welche in das Rechtsgeſchäft auf Seite des Vertretenen zwei Perſonen handelnd einführt, und dadurch die Verantwortlichkeit für dasſelbe dieſen beiden überweiſt.

Mit dieſen allgemeinen Sätzen iſt jedoch noch keineswegs geſagt, daß der Stellvertreter nunmehr unbedingt für jede culpa in contrahendo einzuſtehen hat. Inwiefern er für dieſelbe haftet, iſt vielmehr nach der Natur der verſchiedenen Möglichkeiten nun im Einzelnen zu unterſuchen.

1. Haftung des Stellvertreters für dolus in contrahendo.

Begeht der Stellvertreter bei Eingehung des Vertrages einen Dolus, ſo haftet er dem dritten Contrahenten für die Folgen. Dieſer Satz iſt ſelbſtverſtändlich. Zu betonen iſt nur, daß die Haftung eben nicht (blos) Haftung mit der actio doli aus dem Delict, ſondern nebſtbei auch vertragsartige Haftung iſt. Die Thatſache des Vertragsabſchluſſes verpflichtet nämlich den Stellvertreter, bonam fidem zu präſtiren; verletzt er dieſe Obliegenheit, ſo macht er ſich mit der Vertragsklage verantwortlich, obwohl er ſich durch den Vertrag zu nichts verpflichten wollte.[171] Denn auch der Deponent und Commodant haften für ſolchen Dolus, obwohl auch ſie ſich zu nichts verpflichten wollten; es iſt nicht einzuſehen, warum der Stellvertreter beſſer ſtehen ſollte. Daß er nicht im eigenen Namen contrahirte, iſt ja richtig; aber deswegen hat er doch contrahirt; ſeine Stellung als Procurator könnte nur dadurch von Bedeutung werden, daß ſie den Verpflichtungswillen ausſchließt; gerade dieſer iſt aber für die Haftung aus Dolus irrelevant.

Das praktiſche Reſultat hievon iſt, daß die Klage wegen dolus in contrahendo nicht wie die delictiſche actio doli in zwei Jahren[172] verjährt und nicht auf eine Minimalſumme eingeſchränkt iſt.

2. Haftung des Stellvertreters für culpa in contrahendo.

Während die Frage, ob der Stellvertreter für einen bei Abſchluß des Vertrages begangenen Dolus dem Dritten unmittelbar hafte, unbedingt bejaht werden muß, iſt die Frage, ob er auch für eine bei Eingehung des Vertrags vorgekommene Culpa unter allen Umſtänden hafte, einer allgemeinen Beantwortung nicht fähig.

Obzwar nämlich eine derartige Haftung, wie bereits ausgeführt, aus der Thatſache des Contractsabſchluſſes ſich im Allgemeinen recht wohl

---

[171]) Vgl. Buchka a. a. O. S. 239

[172]) Nach öſterreichiſchem Recht wird hier in vielen Fällen deswegen kein Unterſchied in der Verjährungsfriſt eintreten, weil der Dolus des Stellvertreters meiſt ein Verbrechen begründen wird (§ 1489 a. b. G. B.). Doch iſt dies nicht unbedingt nothwendig; der Dolus kann auch eine bloße Uebertretung mit ſich bringen.

ableiten läßt, laſſen ſich doch beſondere Fälle denken, in welchen die Haftung für culpa in contrahendo den beſonderen Verhältniſſen gemäß auszuſchließen ſein wird So wird die Haftung ganz regelmäßig dort auszuſchließen ſein, wo der Stellvertreter mit bereits wirklich vorhandener Vollmacht contrahirt. Gerade in dieſen überwiegend häufigen Fällen nämlich iſt die Willensrichtung der Parteien die, den Stellvertreter von aller und jeder Haftung aus dem Vertrag, alſo auch von der Haftung für Culpa zu entbinden. Der Stellvertreter hat offenbar nicht den Willen, mit dem Vertrag weiterhin irgend etwas zu thun zu haben, ſondern er überweiſt den Dritten diesbezüglich an den Principal. Umgekehrt, der Dritte erwartet die Aufwendung der contractlichen Diligenz in erſter Linie vom Principal, an deſſen Credit er ſich ja überhaupt bezüglich des ganzen Vertrags zu halten hat. Wohin würde es auch den Stellvertreter führen, wenn er für alle Verträge, die er abgeſchloſſen hat, noch wegen culpa in contrahendo belangt werden könnte, da er ſich doch ſelbſt vielleicht auf die Ordre ſeines Principals verließ und es nicht für nöthig hielt, dieſen noch zu controliren?

Wir werden alſo ſagen müſſen: Wo der Stellvertreter mit bereits vorhandener Vollmacht contrahirte, iſt eine Haftung wegen Culpa für ihn nicht anzunehmen, inſofern er diesbezüglich einen verpflichteten Principal ſtellt Die Haftung ließe ſich zwar a priori denken, ſie iſt nicht, wie man ſagt, ausgeſchloſſen dadurch, daß der Stellvertreter ſich zu nichts verpflichten wollte — denn ſie könnte eben auch ohne ſpeciellen Verpflichtungswillen eintreten — aber ſie iſt ausgeſchloſſen durch ein ſtillſchweigendes pactum ne culpa praestetur (a procuratore).

Anders ſteht dagegen die Sache, wo der Stellvertreter einen verpflichteten Principal, der für ſeine Culpa einzuſtehen hätte, nicht zu ſtellen vermag. Dies iſt insbeſondere der Fall, wenn er als Negotiorum Geſtor contrahirt Hier verweiſt er den Dritten nicht auf einen ſofort verpflichteten Dominus, ſondern es iſt noch fraglich, ob der Vertrag überhaupt zur Wirkſamkeit kommen werde Wenn nun ſchon der Vertragsabſchluß ein für den Dritten rechtsverletzender iſt, wenn z. B. der Negotiorum Geſtor ihm Waaren des Dominus verpfändet und dieſe vermöge ihres inneren Verderbs das Waarenlager des Tertius beſchädigen, ſoll Tertius wirklich nicht berechtigt ſein, ſich wegen dieſes Schadens an den Stellvertreter zu halten? Umſomehr, da doch Dominus bei ſo bewandter Sachlage einer Ratihabition wohlweislich aus dem Wege gehen wird? Den Dritten hier rechtlos zu laſſen, wäre unerträglich; viel-

mehr führt uns wieder die Analogie der Haftung des Deponenten und Commodanten dazu, auch den Geſtor für eine Culpa der bezeichneten Art haftbar zu machen Eine Frage bleibt nur inſofern übrig, ob dieſe Haftung des Geſtor für culpa in contrahendo durch nachfolgende Ratihabition erliſcht. Für die Verneinung ſpricht, daß die Haftung bereits durch die Thatſache des Contrahirens begründet iſt und ein auf Erlöſchung derſelben gerichteter ausdrücklicher Wille nirgends erſichtlich iſt. Für die Bejahung aber läßt ſich geltend machen, daß auch bei vollmachtsloſer Stellvertretung der Geſtor doch in erſter Linie den Principal als Verpflichteten ſtellen will und im Fall der Ratihabition aller etwaigen Verbindlichkeiten aus dem Vertrage ebenſo los und ledig ſein will, wie der bevollmächtigte Stellvertreter. Dieſer Geſichtspunkt iſt der richtige.

8. Insbeſondere von der Haftung des Stellvertreters bei Eingehung von Schuldverträgen für den Mangel der Vollmacht.

Ob und inwieweit eine ſolche Haftung zu ſtatuiren ſei, gehört zu den allerbeſtrittenſten Punkten in der ganzen Lehre von der Stellvertretung.

Zwar darin ſind alle einig, daß der Stellvertreter, der eine ihm fehlende Vollmacht dolos vorgegeben hat, mit der actio doli auf Schadenerſatz belangt werden kann. Ob aber auch über den Fall des Dolus hinaus eine Verantwortlichkeit ſtatuirt werden kann und wieweit dieſelbe geht, iſt ſehr controvers.

Einige der hiehergehörigen Anſchauungen wurden bereits bei Beſprechung der Stellvertretungstheorien dargeſtellt, allerdings nur um zu zeigen, daß dieſe Theorien eine befriedigende Löſung auch für dieſe Frage nicht zu geben vermögen. Am gegenwärtigen Orte wird es aber nothwendig ſein, ſich mit ſämmtlichen für dieſen Fall vorgeſchlagenen Entſcheidungen auseinanderzuſetzen.

1. Da erſcheint denn als die einfachſte die von Brinz (krit. Bl. II. S. 39) und von Seuffert (Ratih. S. 77) gegebene Auffaſſung, wonach der Stellvertreter ohne Vollmacht (wir nennen ihn im Folgenden kurzweg mit dem den Quellen entlehnten gangbaren Ausdruck falsus procurator) nur für doloſe Vorſpiegelung der Vollmacht und ſonſt für gar nichts haftet. Brinz fügt ſeiner Meinung noch die Bemerkung hinzu, der Tertius ſolle ſich, wenn er ganz ſicher gehen wolle, cautionem de rato geben laſſen. Dieſe Anſicht aber iſt von einer geradezu unerträglichen Härte. Dem dritten Contrahenten nur im Fall des Betrugs ein Rechtsmittel in die Hände geben, heißt der Gewiſſenloſigkeit im Verkehr

Thür und Thor öffnen, und ſtellt den Tertius in der ungeheuren Mehrzahl der Fälle geradezu rechtlos. Ihm die Verpflichtung, cautionem de rato zu verlangen, imputiren, heißt das Vertrauen, auf welchem aller geſchäftliche Verkehr beruhen muß, desavouiren; man hat eben das Bewußtſein, daß man ſich auf einen honetten Procurator auch ohne Clauſeln verlaſſen kann. Und wenn man es gethan und ſich hierin getäuſcht hat, ſoll dieſes Vertrauen nun ſchutzlos bleiben und der creditirende Dritte für nachläſſiger gelten, als der unzuverläſſige Procurator, der falſche Zuſicherungen ertheilt hat? Mit Recht hat denn dieſe Anſicht (abgeſehen von Hellmann a. a. O. S. 143) keine Anhänger gefunden.

2. Windſcheid (Pand. I. § 74, Note 7) ſupponirt in allen Fällen, in welchen der Stellvertreter unter der Vorgabe vorhandener Vollmacht contrahirt, einen ſtillſchweigenden Garantievertrag, kraft deſſen derſelbe im Falle der Unrichtigkeit ſeiner Angabe auf das negative Vertragsintereſſe verbindlich wird. Dieſe Suppoſition iſt gewiß unrichtig. Stillſchweigende Verträge dürfen doch nur dort angenommen werden, wo die vorhandenen Umſtände auf den dazu gehörigen Willen mit untrüglicher Sicherheit ſchließen laſſen. In unſerem Falle iſt aber gerade nichts gewiſſer, als daß der Stellvertreter einen Garantievertrag nicht eingehen will, und daß er, gefragt, ob er für die Richtigkeit ſeiner Vollmacht gutſtehen wolle, in den allermeiſten Fällen antworten würde: „Gewiß nicht, denn wie kann ich wiſſen, ob die mir eingeſandte Vollmacht nicht gefälſcht, ob mein Principal wirklich willensfähig iſt u. ſ. f.; da will ich lieber mit der ganzen Sache nichts zu thun haben.“ Dann iſt noch eins zu bedenken. Eine ſolche Garantie käme doch ökonomiſch einer Verſicherung gleich. Welches Intereſſe hat aber der Bevollmächtigte, ſeinem Mitcontrahenten eine derartige Verſicherung zu ertheilen? Von jeder Verſicherung gilt doch der Grundſatz, daß ſie nur gegen Prämie geleiſtet wird; was erhält aber der Stellvertreter für dieſe Belaſtung ſeiner Perſon für eine Gegenleiſtung? Man denke nur an die große Zahl von Vertretungen, die aus reiner Gefälligkeit übernommen werden; und ſelbſt wenn der Stellvertreter von ſeinem Principal eine Entlohnung für die Dienſtleiſtung erwartet, ſo erwartet er ſie eben vom Principal und hat dem Dritten gegenüber gar kein Intereſſe, ihn zu verſichern.

3. Nicht plauſibler iſt die verwandte Anſicht von Curtius (Arch. f. civ. Prax. Bd. 58. S. 101 flg.): Der Stellvertreter verpflichte ſich durch ſeinen Vertrag von ſelbſt, einen verpflichteten Principal zu ſtellen. Dies iſt grundfalſch; der Stellvertreter verpflichtet ſich zu gar nichts; nichts iſt

heutzutage so allgemein anerkannt, wie dieses. Daher sind auch alle übrigen hieraus abgeleiteten Folgerungen unhaltbar.

4. Eine eigenthümliche Ansicht hat Bähr (Jahrb. f. Dogm. I., S. 457, insbes. S. 461, Note 161) aufgestellt. Diese Ansicht, welche soviel ich sehe, zu wenig bekannt geworden ist — wohl deswegen, weil sie nur passim, in einer Abhandlung uber die Cessionslehre, vorgebracht wird — geht in kurzem dahin: Nach römischem Recht habe der Prätor die Haftung des Procurator für die Richtigkeit der Vollmacht durch Zwang zu einer cautio de rato realisirt. Was nach römischem Recht durch prätorischen Zwang indirect erreicht wurde, sei heutzutage durch allgemeine Rechtsgrundsätze direct gegeben; d. h. der materielle Rechtsinhalt jener prätorischen Decretion sei heutzutage objectiver Rechtssatz. Demnach hafte der Stellvertreter fur den Mangel der Vollmacht heute kraft jener objectiven Rechtssätze, welche dem concreten Rechtsinhalt des prätorischen Zwangs als dessen Surrogat correspondiren. Dies ist gewiß originell und geistvoll gedacht, es hat auch für manche Verhältnisse eine große Wahrheit; in unserem Fall trifft aber Bähr's Behauptung deswegen nicht zu, weil es einfach unrichtig ist, daß bei Eingehung obligatorischer Verträge der Procurator cautionem de rato bestellen mußte; eine analoge Anwendung des processualen Cautionszwangs aber, welcher für den Stellvertreter bestand, auf Obligationen ist offenbar unzulässig.

5. Eine andere Auffassung, zu anderem Resultate führend, hat Bähr im sechsten Bande der Dogm. Jahrb. (S. 289 flg.) aufgestellt. Er meint, der Stellvertreter hafte bei Mangel der Vollmacht stets auf Erfüllung, nebstbei, wenn seine Erfüllung dem Dritten nicht genügt auf das Interesse. Construction: Indem P für D kauft, entsteht die Obligation zunächst in der Person des P. Er überweist aber die Activobligation dem D, während er dem T statt seiner Passivobligation die ihm selbst zustehende actio mandati contraria abtritt. Zeigt sich diese wegen nicht ertheilten Mandats nicht realisirbar, so tritt die Contractsklage gegen P wieder in volle Wirksamkeit.

Diese Construction ist nun, wie man sofort sieht, nichts weiter, als eine Wiederholung der alten Puchta-Vangerow'schen Theorie, wonach der Stellvertreter bei Obligationen immer mit verpflichtet wird. Es gelten daher gegen dieselbe alle Einwendungen, die wir schon früher [173]) gegen jene erhoben haben, wonach wir uns gegenwärtig in eine neue Wider-

[173]) S. oben § 10.

legung derſelben nicht einzulaſſen brauchen. Insbeſondere haben wir ausgeführt, daß gerade die ſcheinbare Bequemlichkeit, mit welcher dieſe Theorie die Frage nach der Haftung des falsus procurator erledigt, nur eine Täuſchung iſt, hinter welcher ſich die größten Schwierigkeiten verbergen. Auch diesbezüglich ſei auf unſere dortigen Ausführungen verwieſen.

Hier ſei nur noch hinzugefügt, daß die Bemerkung Bähr's: Die Klage des T gegen den Principal ſei eine cedirte actio mandati contraria, ſchon deswegen eclatant unhaltbar iſt, weil P trotz ſeiner Vollmacht dieſe actio contraria nicht zu haben braucht, z. B. er hat vollmachtsgemäß, aber auftragswidrig gehandelt u. ſ. f.

6. Buchka (S. 238) meint, der Procurator wolle überhaupt nur inſoweit nicht als Contrahent angeſehen ſein, als ſein Mandant Contrahent werde. Es falle alſo für ihn der Grund der Befreiung von der Obligation fort. Auch dieſe Anſicht ſteht auf dem Puchta-Vangerow'ſchen Standpunkt und iſt ebenfalls zu verwerfen.

7. Ihering hat auf unſeren Fall die Theorie von der culpa in contrahendo angewendet und läßt den Procurator für Schadenerſatz wegen Culpa haften. Im Reſultat mit dieſer Auffaſſung einverſtanden, habe ich doch gegen dieſelbe einzuwenden, was bereits oben ausgeführt wurde: erſtens daß die Begründung, die Ihering dieſer Anſicht zu Theil werden läßt, mit derſelben nicht übereinſtimmt, indem man nach den von ihm citirten Quellenbelegen den Stellvertreter auch dort haften laſſen könnte, wo ihn gar kein Verſchulden trifft; ferner daß dieſe Anſicht eine Haftung des Boten für den Mangel der Vollmacht gar nicht zu begründen vermag, wonach ſie ſich praktiſch als ſehr mangelhaft herausſtellt. Ihering's Anſicht wird übrigens getheilt von Laband (a. a. O. S. 234 flg.)

8. Eine eigenthümliche Anſicht hat Zimmermann (S. 293) aufgeſtellt. Er geht aus von der Bemerkung, daß der Principal bei mangelnder Vollmacht ratihabiren oder auch den Vertrag zurückſtoßen könne. Demnach ſei der Tertius in der ungünſtigen Lage, dem Dominus auf ſeinen Wink verhaftet zu ſein; das im Verkehr erforderliche Gleichmaß von Recht und Pflicht verlange es, daß auch er Jemanden haben müſſe, an den er ſich halten könne. Dies ſei aber, wenn Ratihabition ausbleibt, offenbar niemand Anderer als der Stellvertreter, der ihm ſonach auf Grund der bona fides und zwar auf Erfüllung hafte.

Dieſe Argumentation iſt aber, wie mir ſcheint, von außerordentlich loſem Gefüge.

Es iſt zwar zunächſt eine ganz richtige Bemerkung, daß der falsus procurator den Dritten in eine ſehr bedenkliche Situation gebracht hat. Der Dominus wird nun ratihabiren, wenn der Vertrag ſich für ihn als günſtig herausſtellt, und er wird den Tertius an den Procurator verweiſen, wenn die Sache für ihn eine ungünſtige Wendung nimmt. Man denke an Börſegeſchäfte. T verkauft dem P für D Papiere zu 100; ſteigen dieſelben, ſo wird D ratihabiren, fallen ſie, ſo verweiſt er den T an P. T iſt alſo der Speculation des D ausgeſetzt, ohne es zu wiſſen; er geht in eine Falle. Dieſer Sachverhalt iſt ſo bedenklich, daß man ſich verſucht fühlen könnte, dem Dominus das Ratihabitionsrecht hier überhaupt abzuſprechen, weil es der bona fides widerſtreite, daß er den Tertius ſo ſehr in der Hand hat, ohne daß dieſer ſich dazu hergibt. In der That war dieſer Gedanke, in etwas anderer Anwendung, unter den Juriſten des 17. und 18. Jahrhunderts ſehr verbreitet.[174]) Deſſenungeachtet, glaube ich, kann dieſem Geſichtspunkt nicht Raum gegeben werden; man muß vielmehr dem Dominus das Ratihabitionsrecht doch zugeſtehen. Denn wenn er ratihabirt, ehe Tertius von ſeiner precären Situation Kenntniß erhält[175]), ſo hat ja Tertius den Vertrag, den er wollte; daß er vorher, ohne es zu wiſſen, in einer ungünſtigen Situation war, iſt meines Erachtens kein genügender Grund, ex post den Vertrag anzufechten, da er jetzt kein Intereſſe hat, welches verletzt wäre. Die Gefahr, die an ihm vorübergegangen iſt, ohne daß er es wußte, iſt eben juriſtiſch etwas Irrelevantes. Mit Recht haben daher ſchon ältere Juriſten[176]) in ſolchem Fall das beſtrittene Ratihabitionsrecht des Dominus in Schutz genommen, wie auch neuerdings Zimmermann und Karlowa[177]) dasſelbe in unſerem Fall ausdrücklich anerkennen.

Nun folgert Zimmermann weiter: Wenn alſo der Tertius dem Dominus auf Erfüllung haftet, ohne ſeinerſeits Erfüllung verlangen zu können, ſo muß er doch von Jemanden Andern Erfüllung verlangen können, damit er nicht rein einſeitig haſte; dies kann aber nur der Procurator ſein.

In dieſem Raiſonnement ſtecken aber zwei falſche Gedanken. Erſtens iſt es unrichtig, daraus, daß Tertius möglicherweiſe dem Dominus hätte

---

[174]) Vgl. die unten § 26, Note, angeführten Belege.

[175]) Daß natürlich Tertius, wenn er vor der Ratihabition den Sachverhalt erfährt, ſofort vom Vertrag zurücktreten kann, iſt ſelbſtverſtändlich, vgl. Zimmermann a. a. O. S. 284.

[176]) Vgl. Gail obss. I. 47, Glück V. § 399.

[177]) Zimmermann a. a. O. S. 283. Karlowa das Rechtsgeſchäft S. 59, Not. 2. Vgl. auch Regelsberger krit. Vrtljſchr. XI. S. 370.

erfüllen müſſen, Gegenfolgerungen zu ziehen für den Fall, wenn dieſe Erfüllungspflicht ihn nicht getroffen hat. Denn dann zeigt ſich ja ex post, daß er jetzt nicht mehr erfüllungspflichtig iſt; er hat alſo jetzt auch kein Intereſſe, vom Stellvertreter ein Aequivalent für das zu verlangen, was von ihm gar nicht gefordert wird. Zimmermann nimmt hier einen Gedanken auf, den wir eben abgelehnt haben: nämlich die Vorſtellung, daß aus einem Schaden, der möglicherweiſe hätte eintreten können, Folgerungen abgeleitet werden, auch wenn derſelbe gar nicht eingetreten iſt. Wäre dieſer Gedanke richtig, ſo hätten wir vielmehr ſchon früher ſagen müſſen: Weil Dominus dem Tertius möglicherweiſe nicht auf Erfüllung haftbar geworden wäre, ſo kann auch Dominus von ihm nicht Erfüllung verlangen. Gerade weil wir aber anerkannten, daß das, was möglicherweiſe hätte ſein können, factiſch jedoch nicht iſt, eine Berückſichtigung nicht verdient, haben wir das Ratihabitionsrecht des Dominus doch anerkannt. Und ganz ebenſo müſſen wir jetzt ſagen: Daß Tertius möglicherweiſe hätte erfüllen müſſen, iſt kein Grund für ihn, ein Aequivalent der Erfüllung zu verlangen, auch wenn er ſelbſt in Wahrheit nicht hat zu erfüllen brauchen. Denn nur ein wirklich eingetretener Schade kann juriſtiſch honorirt werden, nicht ſchon die Gefahr desſelben.

Zweitens iſt es unbegründet, das Aequivalent jener Gefahr gerade in der Erfüllung zu erblicken. Für eine Gefahr als ſolche, für einen gar nicht eingetretenen Schaden gibt es überhaupt kein Aequivalent. Zimmermann's Anſicht bietet alſo nach dieſer Richtung überhaupt keinen Anhaltspunkt dafür, was der falsus procurator dem Dritten zu leiſten hat.

Die Berufung Zimmermann's auf l. 1 § 9 D. qd. iussu (auf welche Stelle übrigens ſchon Buchka S. 238 hingewieſen hatte), iſt deswegen nicht recht beweiſend, weil bei der freien Behandlung, welche das römiſche Edict erfuhr, eine analoge Anwendung hier unzuverläſſig iſt; es wäre ja möglich, daß der Juriſt ſich in dieſem concreten Falle an den Wortlaut der Formel gehalten hätte, wonach der Stellvertreter doch den Inſtitor aufgeſtellt hatte, alſo für ihn haftbar war, obwohl, wie wir für die Regel angenommen, bei der praepositio institoris allerdings directe Stellvertretung im Allgemeinen anerkannt wurde.

9. Ich ſelbſt gelange nach reiflicher Ueberlegung dieſer äußerſt zweifelvollen Frage, in welcher der juriſtiſche Verſtand von Mitleid und Furcht ſo ſehr beſtürmt wird, zu nachfolgendem Reſultate.

Das kann keinenfalls beſtritten werden, daß eine Erfüllungspflicht ſich für den Stellvertreter in keiner Weiſe begründen läßt. Die Ver-

pflichtung, einen Vertrag zu erfüllen, kann eben nur Denjenigen treffen, der dieſe Pflicht mit freiem Willen auf ſich genommen hat. Daran läßt ſich nun einmal nicht mäkeln. Alles, was man zur Begründung einer derartigen Verpflichtung vorgebracht hat, iſt eitel Willkür, für die es an jeder geſetzlichen Grundlage fehlt. Dies trifft insbeſondere die Anſicht von Bähr und Buchka, nach welchen die Obligation auf den falsus procurator zurückfällt. Für dieſe ganz unerhörte civiliſtiſche Anomalie, bei welcher, wie Jhering mit Recht ſagt, „ſtatt der Perſon, die nach Abſicht aller drei dabei thätigen Perſonen der eigentliche Contrahent ſein ſoll, zur Strafe eine andere ſubſtituirt wird", hat man nicht den leiſeſten Anhaltspunkt; dieſelbe beruht thatſächlich auf nichts anderem, als auf einem — wie ich ſofort zu zeigen hoffe — ganz irregeleiteten Billigkeitsgefühl, welches aber allerdings großen Anklang zu finden pflegt.[138])

Schlagen wir uns nur vor Allem jene Redreſſirung der Obligation auf den Stellvertreter aus dem Sinn, ſo kommen wir damit doch noch nicht zu dem Reſultat, daß der falsus procurator nur für doloſe Vorſpiegelung der Vollmacht haftet. Vielleicht weil man in der Regel dieſe Charybdis vor Augen hatte, iſt man ſofort jener Scylla zum Opfer gefallen. Dieſe Beſorgniß aber iſt ungegründet.

Denn daraus, daß der falsus procurator die Verpflichtung aus dem Vertrage nicht auf die eigene Perſon genommen hatte, folgt nach unſeren früheren Ausführungen noch nicht, daß er aus dem Vertrag lediglich für nichts haftet. Wahr bleibt vielmehr, daß er contrahirt hat, daß er alſo die durch die bona fides erforderte rechtsgeſchäftliche Diligenz aufzuwenden hatte, und daß er für die doloſe und culpoſe Vernachläſſigung derſelben haftet, gleichwie, um dies nochmals zu betonen, der Deponent und precario dans, die ſich doch auch zu nichts verpflichten wollen, für culpoſe Hingabe einſtehen müſſen. Demnach kommen wir zu dem einfachen Satze:

Der falsus procurator haftet für den Mangel der

[138]) Vgl. die Entſch. des öſterr. o. G. H. Nr. 1295. Im entgegengeſetzten Sinne zu weit geht Nr. 809, wo allerdings eine Verurtheilung hätte erfolgen müſſen, unrichtig iſt hier die Bemerkung der II. Inſtanz, daß die Entſchädigungsklage gegen den Stellvertreter nach § 1489 a. b. G. B. in drei Jahren verjähre, denn dieſelbe iſt nicht Delicts-, ſondern Contractsklage, und auf die letzteren bezieht ſich der Paragraph nicht, vgl. Unger Syſtem II. S. 396, Not. 31, S. 424, Not. 17. Richtig iſt aber, daß nach öſterreichiſchem Recht der Dritte, welcher den Mangel der Vollmacht hätte kennen müſſen, gemäß § 1304 a. b. G. B. einen Theil des Schadens ſelbſt tragen muß, vgl. o. G. H. Nr. 358.

Vollmacht, wenn er dolos oder culpos die fehlende Legitimation behauptet hatte.

Worauf der Procurator haftet, ist hienach leicht zu bestimmen. Seine Haftung geht auf das, wofur man eben bei Culpa immer einsteht: Auf Ersatz des culpos angestifteten Schadens, und auf nichts weiter; also nicht auf dasjenige, was der Tertius bei Richtigkeit der Vollmacht gehabt haben würde, sondern auf das, was er gehabt haben würde, wenn er sich mit dem falsus procurator nie eingelassen hätte, d. i. das negative Vertragsinteresse.

In diesem negativen Vertragsinteresse liegt nun allerdings unter Umständen auch die entgangene Erfullung. Nämlich dann, wenn Tertius ohne jenen Zwischenfall mit einem Andern den Vertrag geschlossen und von diesem die Erfullung erhalten haben würde. Dann ist die entgangene Erfullung eben ein Bestandtheil seines Schadens. Wenn dies vorliegt, muß der falsus procurator fur dieses lucrum cessans aufkommen, und da heutzutage alle Obligationen in natura zu erfullen sind, muß er dem Dritten die entgangene Erfüllung in natura prästiren, dafern sie überhaupt fungibel ist. So kann es allerdings kommen, daß der falsus procurator auf Erfüllung des Vertrages haftet; dies ist aber eben nur eine besondere Anwendung unserer obigen Regel.

Von dieser letzteren Auffassung aus erscheint uns auch eine besondere Bestimmung des Handelsrechts in einem ganz anderen Lichte, als sie gewöhnlich angesehen wird. Es ist dies der Satz des Art. 55 H. G. B., wonach der Dritte berechtigt ist, den falsus procurator nach seiner Wahl auf Schadensersatz oder Erfüllung zu belangen. Laband[179]), der der richtigen Auffassung noch am nächsten kommt, findet in dieser Bestimmung eine im Interesse des Dritten statuirte Erleichterung der Schadensliquidation; die Erfüllung soll dem Dritten das id quod interest verschaffen. Hierin liegt ein Theil der Wahrheit, aber nicht die ganze Wahrheit. Wäre das die ganze Wahrheit, so entginge Art. 55 des H. G. B. nicht dem Vorwurf der Härte; denn das wäre ein bedenklicher Rechtssatz, der dem Dritten, welcher vielleicht gar keinen Schaden erleidet, „aus Gründen der Beweiserleichterung" Erfüllung zuspricht. Es kommt aber zu der Erklärung Laband's noch Folgendes hinzu: Das Gesetz hat handelsrechtliche Verhältnisse im Auge. Der Kaufmann nun contrahirt nicht

[179]) a. a. O. S. 234, woselbst auch Literatur. Ganz verfehlt ist die Ansicht Bähr's (Dogm. Jahrb. VI S. 292), der in dieser Bestimmung „eine unvollkommene Rechtsconstruction" erblickt.

zufällig, ſondern gewerbsmäßig; es iſt beim Kaufmann anzunehmen, daß er, wenn ihm nicht der falsus procurator in den Wurf gekommen wäre, mit Jemandem Andern contrahirt hätte, denn er braucht die Waare für ſein Gewerbe. Es iſt alſo dem Kaufmann regelmäßig Erfüllung entgangen; dieſe muß ihm erſetzt werden. Demnach enthält Art. 55 nichts als eine Anwendung unſeres obigen Princips; die Beweiserleichterung für den Kaufmann beſteht nur darin, daß er nicht zu beweiſen braucht, was präſumtiv ohnedies vorliegt. [180])

Wir kommen nun auf die oben berührte Billigkeitsfrage zurück. Entſpricht unſer Reſultat dem Rechtsgefühl? Wir haben das in zweifacher Beziehung zu unterſuchen. Erſtens: Iſt die Beſchränkung der Verantwortlichkeit des falsus procurator auf Culpa gerechtfertigt? Zweitens: Iſt die Haftung des culpoſen falsus procurator auf Schadenerſatz eine ausreichende?

Was den erſteren Punkt angeht, kann nun meines Erachtens kein Zweifel ſein, daß die Beſchränkung der Reſponſabilität auf Culpa der Gerechtigkeit allein entſpricht. Nichts erſcheint mir ungerechter, als wenn man den ſchuldloſen Procurator, das unſchuldige Werkzeug des unglücklichen Zufalls, dem erzürnten Dritten ausliefern will. Daß eine Vollmacht gefälſcht, daß ein anſcheinend geſunder Vollmachtgeber geiſteskrank ſein kann, das ſind eben für das Rechtsgebiet reine Zufälligkeiten, deren unangenehme Folgen Derjenige tragen muß, dem ſie zu ſeinem Leide begegnen. Das Recht iſt nicht berufen, die Menſchen mehr vor Zufall zu ſchützen, als ſie in ihrem phyſiſchen Daſein davor geſchützt ſind. Wenn Jemand von einem durch den Sturm herabgeworfenen Dachziegel erſchlagen wird, wird es Niemanden einfallen, auszurufen: So etwas kann man ſich denn doch nicht gefallen laſſen; ſondern Jeder wird einſehen, daß gegen ſolche Dinge eben kein Mittel exiſtirt. Nicht anders iſt es, wenn ein caſueller Schade durch ein Rechtsgeſchäft veranlaßt wird. [181])

---

[180]) Hiemit ſoll allerdings nicht geſagt ſein, daß die Redactoren ſich über dieſe Bedeutung des Geſetzes klar waren. Die Protokolle weiſen vielmehr darauf hin, daß man bei jener Beſtimmung in der That, wie Laband meint, nur eine Beweiserleichterung im Auge hatte (Prot I S 292, III S. 959 flg). Hieraus folgt aber nicht, daß wir dem Geſetze nicht den tieferen Sinn beilegen dürfen, in welchem es begründet erſcheint.

[181]) Hiemit will ich durchaus nicht geſagt haben, daß dieſe Auffaſſung in allen Fällen zutrifft, welche man unter dieſem Geſichtspunkt zu behandeln pflegt, z. B. wenn jemand einen Brief mit einer Beſtellung auf 500 ſchreiben läßt und durch einen Fehler des Copiſten werden 5000 beſtellt. Hier liegt aber eben auch

Daß ein ſolcher Caſus möglich iſt, muß ſich der Dritte ſelbſt ſagen. Will er ganz ſicher gehen, ſo ſoll er ſich vom Stellvertreter cautio de rata leiſten laſſen, oder er mag das Contrahiren mit Stellvertretern ganz bleiben laſſen. Wie kommt aber der Procurator dazu, ihm zu haften? Man laſſe nur nicht den Gedanken mit unterlaufen, daß denn doch immer irgend ein Verſchulden des Stellvertreters vorliegen müſſe; denn dafür hat er ſich zu dechargiren und ein juriſtiſch nicht beweisbares Verſchulden iſt gar keines. Iſt er wirklich ſchuldlos, ſo iſt für ihn der Erſatz des Schadens ebenſogut ein caſueller Schade, wie für den Dritten jener Vertrag; warum ſoll nun der Schade gerade auf ihn überwälzt werden, da doch ſonſt der Grundſatz gilt, daß, wer caſuell einen Schaden anſtiftet, hiefür nicht zu haften hat? Man laſſe es alſo getroſt beim Schaden des dritten Contrahenten bewenden und verzichte auf jene zweifelhafte Billigkeit, die ein Unrecht durch ein anderes gut macht und den Beſchädigten in ihrem Mitleid aus fremder Taſche bezahlt.

Aber auch was den zweiten Punkt anbelangt, ſcheint mir jedes denkbare Intereſſe des Dritten durch die Verpflichtung des Procurator zum Schadenserſatz genügend gewahrt. Ihm Erfullung unbedingt zuſprechen, heißt ihn auf Koſten des falsus procurator ein gutes Geſchäft machen laſſen. Man bedenke nur, daß, wenn der falsus procurator den Vertrag nicht geſchloſſen hätte, der Tertius überhaupt keinen Vertrag, alſo auch nicht Erfüllung gehabt hätte. Er kann ſomit jetzt doch nicht beſſer geſtellt ſein, als vordem. Kann er beweiſen, daß er andernfalls anderweitig contrahirt hätte, dann ſprechen ja auch wir ihm Erfullung zu. Richtig iſt allerdings, daß er ſich vielleicht auf die Erfüllung Rechnung gemacht hatte; aber ſofern er hieraus nicht einen materiellen Schaden erleidet, kann ihm dieſe Erwartung nicht vergütet werden. Denn die Erwartung auf Erfüllung iſt nur dort realiſirbar, wo ſie ſich auf ein Verſprechen gründet; ein ſolches liegt aber hier nicht vor; ohne Verſprechen kann immer nur eine Obligation auf Schadenserſatz entſtehen.

Es erübrigt nur noch, einige Detailfragen zu beſprechen.

nicht, wie man oft ſagt, ein reiner Zufall vor, ſondern der Beſteller hätte den Brief durchleſen ſollen. — In den Fällen, wo ein Telegramm unrichtig ankommt, iſt m. E. die richtige Remedur in der Haftung des Telegraphenamts gelegen, ſo lange dieſe nicht geſetzlich ſtatuirt iſt, liegt eine Lücke des objectiven Rechts vor, welche nur im Wege der Geſetzgebung zu beſeitigen iſt und gegen deren Folgen man nicht durch eine unnatürliche Ausdehnung der privatrechtlichen Begriffe über Culpa ꝛc. ankämpfen ſollte.

1. Für welchen Grad der Culpa haftet der Stellvertreter?

Ich glaube, dieſe Frage dahin beantworten zu müſſen, er hafte immer für jene Diligenz, welche in dem betreffenden Contractsverhältniß von ſeinem vermeintlichen Principal gefordert würde. Alſo wo der Principal für levis culpa haften würde, haftet auch er für levis culpa in contrahendo, und wo der Principal nur für lata culpa haftet, iſt auch er nur für dieſe verantwortlich. Die Begründung hiefür ſcheint mir darin zu liegen, daß der Grad des Verſchuldens, welcher in Obligationen präſtirt zu werden pflegt, ſich bekanntlich regelmäßig danach richtet, ob der betreffende Contrahent an der Eingehung des Vertrags ein Intereſſe hatte oder nicht. Dieſe Regel muß wohl auch für die Präſtationspflicht des falsus procurator zu Grunde gelegt werden. Nun iſt es wohl klar, daß der Stellvertreter überall, wo der Principal an der Eingehung dieſes Vertrags ſelbſt intereſſirt iſt, eben als Vertreter der Intereſſen des Principals dieſes Intereſſe theilt, während umgekehrt, wo der Vertrag lediglich zu Gunſten des Tertius eingegangen wird, auch er kein Intereſſe an demſelben hat.[182])

2. Gelten unſere Grundſätze über die Haftung des Stellvertreters für den Vollmachtsmangel auch für jene Species der Stellvertreter, welche man gewöhnlich Boten nennt?

Die herrſchende Lehre lehnt jede Haftung des Boten für den fehlenden Auftrag (abgeſehen von Dolus) ab. Unter den Schriftſtellern iſt Bähr (Jahrb. f. Dogm. VI. S. 296 flg.) der einzige, der ſich für dieſelbe und zwar mit Entſchiedenheit ausſpricht. Allerdings aber kann ihm hiebei weder im Reſultat noch in der Begründung vollkommen beigepflichtet werden. Seine Begründung iſt wieder: Wenn der Bote ohne Auftrag ausrichtet, bleibe die Erklärung in ſeiner Perſon liegen und wirke für ihn ſelbſt. Reſultat: Alſo haftet er perſönlich für Erfüllung. Das Irrige dieſer Anſicht iſt bereits oben bekämpft worden.

Wir aber müſſen ſagen, daß der Bote, wenn er mit dem vollen Bewußtſein deſſen, um was es ſich handelt, einen Vertrag vermittelt,

[182]) Ganz unrichtig wäre es, für obige Frage von dem Geſichtspunkt auszugehen, ob der Procurator entgeltlich oder unentgeltlich thätig wird. Denn erſtens iſt das interne Verhältniß zwiſchen Principal und Stellvertreter dem Dritten gegenüber etwas rein Zufälliges, Unweſentliches, zweitens würde man hiemit für unſere Fälle in der Regel zu keiner Entſcheidung kommen, weil gerade, wo keine Vollmacht vorhanden iſt, meiſtens auch ein internes Verhältniß zwiſchen dem vermeintlichen Principal und dem Stellvertreter nicht beſtehen wird.

eine rechtsgeſchäftliche Thätigkeit auf ſich nimmt, und daß auch auf dieſe Ingerenz unſer Grundſatz Anwendung findet: Wer in Contracten thätig wird, hat Diligenz zu präſtiren, einerlei, ob er ſelbſt oder ein Anderer verpflichtet werden ſoll. Ganz irrig wäre es, hiegegen einzuwenden, die Thätigkeit des Boten ſei eine rein mechaniſche. Mechaniſch iſt nur jene Thatigkeit, welche ohne Bewußtſein und ohne jeden Willen vollzogen wird. Nun hat allerdings der Bote nicht den Willen, das Rechtsgeſchäft inhaltlich feſtzuſtellen, ſondern in dieſer Richtung hat er nur die Abſicht, dem Vertretenen zu gehorchen; er will nur ein blindes Werkzeug des Auftraggebers ſein. Aber dabei muß er doch das Bewußtſein haben, daß es ſich um ein Rechtsgeſchäft handelt, wobei der Dritte [183]) ſich auf die Richtigkeit ſeiner Erklärung verläßt; dieſes Rechtsgeſchäft will er vermitteln und hiebei kann ſeine Dienſtfertigkeit gegenüber dem vermeintlichen Auftraggeber ſeiner Pflicht zur Diligenz gegenüber dem Mitcontrahenten keinen Abbruch thun. Er darf alſo in der Prüfung ſeines Auftrags durchaus nicht mechaniſch vorgehen. Stellt er ſich auch dem Dritten blos als Organ eines fremden Willensentſchluſſes vor, ſo iſt doch eben dieſes Auftreten ſchon eine contractliche Erklärung, für deren Richtigkeit er nach Vertragsgrundſätzen zu haften hat. Mit anderen Worten: Dafür, daß er den vorgegebenen Auftrag hinter ſich hat, hat er zu haften, weil *das Factum der Ausrichtung* doch ſein freier Entſchluß iſt; erſt wenn ſein Auftrag richtig iſt, kommt es zur Geltung, daß der *Inhalt der Ausrichtung* nicht ſein Entſchluß iſt. [184])

Der Bote haftet alſo, wie der Stellvertreter, für Culpa und Dolus in der Prüfung ſeines Auftrags, und zwar wie jener auf Schadenerſatz.

3. Wann kann man ſagen, daß der Procurator keine Vollmacht gehabt habe? Der regelmäßige Weg, dies feſtzuſtellen, wird der ſein, daß der Dritte im Proceß gegen den Principal dem Procurator den Streit verkündet; dann macht das Urtheil gegenüber dem Principal, daß die Vollmacht fehle, res judicata gegenüber dem Procurator. [185]) So lange dieſer Proceß nicht durchgeführt iſt, muß der Tertius, wenn er gegen den

---

[183]) Er hat alſo, wie wir bereits oben betonten, zwar keinen Willen in Bezug auf den Inhalt des Rechtsgeſchafts, wohl aber den Willen, daß ein ſolches zu Stande kommen ſolle; vgl § 13, Not. 122.

[184]) In ſolchen Erſcheinungen kommt eben unſer obiger Satz zur praktiſchen Geltung, daß der Bote eben doch nur ein Species des Stellvertreters iſt.

[185]) *Bahr* a. a. O. S. 289. *Buchka* S. 239.

Procurator klagt, den Mangel der Vollmacht beweiſen, weil er dieſelbe dadurch, daß er contrahirte, vorläufig anerkannt hat.

4. Was hier für den Fall ausgeführt wurde, daß die Vollmacht gänzlich fehlt, gilt in ganz gleicher Weiſe auch dann, wenn ſie überſchritten iſt. Handelt es ſich in einem derartigen Fall um theilbare und fungible Leiſtungen, ſo kann der Stellvertreter ſich von der Verantwortung auch dadurch befreien, daß er die Differenz der Leiſtung baar erſetzt. Hierin liegt nichts beſonderes; es iſt das nur eine anticipirte Erfüllung ſeiner Erſatzpflicht.[186])

B. Haftung des dritten Contrahenten gegenüber dem Stellvertreter.

Sowie der Stellvertreter durch die Eingehung obligatoriſcher Verträge verpflichtet wird, für Dolus und unter Umſtänden auch für Culpa in contrahendo einzuſtehen, ſo wird er umgekehrt auch berechtigt, für culpoſe oder doloſe Verletzung beim Vertragsabſchluß vom Dritten Entſchädigung zu verlangen. Der Dritte haftet ihm alſo jedenfalls für jeden Dolus bei Eingehung des Vertrags; er haftet ihm auch für Culpa, aber wohl nur dann, wenn ein Principal nicht vorhanden iſt, alſo z. B. bei auftragsloſer Stellvertretung, wenn die Ratihabition ausbleibt. Hat der Stellvertreter einen Principal, ſo wird man wohl annehmen müſſen, daß der Dritte ſich bezüglich ſämmtlicher Fragen aus dem Vertrag blos mit ihm auseinanderſetzen wollte, es wird daher der Stellvertreter ſich wegen culpoſer Beſchädigung beim Vertragsabſchluß zunächſt an den Principal und erſt dieſer wird ſich an den Dritten halten. Die Sache ſteht ebenſo wie bei der Haftung des Stellvertreters für Culpa in contrahendo, daher das dort Geſagte auch hier anzuwenden iſt.

C. Iſt der Stellvertreter in Eingehung obligatoriſcher Verträge berechtigt, den dritten Contrahenten auf Anerkennung der Thatſache, daß er mit ihm contrahirt hat, zu belangen? Kann der Dritte vom Stellvertreter verlangen, daß er ihn zur wirkſamen Belangung des Principals in Stand ſetze?

Zur Beſprechung der erſteren Frage ſehe ich mich veranlaßt durch eine Entſcheidung des O. A. G. zu Caſſel, welche ſich bei Seuff. Arch. XIX. Nr. 231 findet. Der Fall war folgender:

[186]) Ausführliche Erörterungen hierüber ſiehe bei Schliemann kritiſche Bemerkungen zum Entwurf des H. G. B. (Schwerin 1858) S. 27 flg.

P behauptet als Generalbevollmächtigter ſeiner Mutter und ihr Vermögensverwalter in ihrem Namen ſeiner Schweſter und deren Ehemann K eine Reihe von bald größeren, bald kleineren Geldbeträgen ausbezahlt zu haben, mit der Beſtimmung, daß ſelbe als Darlehen gelten, wenn dieſelben aber bis zum Tode der Mutter nicht zurückgezahlt worden ſeien, auf das Erbtheil der Schweſter in Anrechnung kommen ſollten. Er hatte angeblich auch dieſe Auszahlungen jedesmal in einem Buche quittirt erhalten, welches jedoch, da es zu einer gerichtlichen Unterſuchung hatte eingereicht werden müſſen, verloren gegangen ſei. P klagte nun wieder die Eheleute K auf Anerkennung dieſer ſpeciell von ihm bezeichneten Zahlungsposten mit dem Bemerken, daß er für die von dem mütterlichen Vermögen geleiſteten Zahlungen verantwortlich ſei und ſeine Mutter ohne urkundliche Belege gegen die Geklagten nicht klagen könne.

Die zweite Inſtanz wies dieſe Klage zurück, weil die Geklagten zur nochmaligen Ausſtellung einer Quittung nicht verbunden ſeien, die Zahlung der fraglichen Vorſchüſſe ſeitens des Klägers als Mandatar ſeiner Mutter aber zwiſchen ihm und den Geklagten ein Rechtsverhältniß nicht begründen. Das O. A. G. aber erkannte: „Wenn auch .. die vertragsmäßigen Befugniſſe nicht für den Beauftragten zu unmittelbarer Geltendmachung erworben werden ſollten, ſo iſt doch hiebei der Wille der Betheiligten inſoweit auch als auf Begründung von Vertragsbefugniſſen für den Beauftragten gerichtet zu betrachten, als Verpflichtungen des Beauftragten in Betreff der Ausführung des Auftrags gegen den Auftraggeber beſtehen, welche jener nicht ohne Geltendmachung des Vertragsrechts wider den anderen Contrahenten zu erfüllen vermag, indem inſoweit bei gegenſeitig erkennbarem Intereſſe des Beauftragten derſelbe als Mitbetheiligter erſcheint und dieſe eigene Betheiligung nicht wegen des Geſchäftsabſchluſſes Namens des Auftraggebers für ausgeſchloſſen zu halten iſt Hienach iſt auch für den Kläger .... ein Rechtsverhältniß entſtanden, da er dem Auftraggeber zur Feſtſtellung und Nachweiſung der für ihn eingegangenen Verträge verpflichtet erſcheint."

Dieſen Ausführungen kann in keiner Weiſe beigetreten werden.

Es iſt klar - und das O. A. G. zu Caſſel hat die Sache ſelbſt nicht anders aufgefaßt — daß die Feſtſtellungsklage, wie ſie hier vom Stellvertreter erhoben wird, einen materiellrechtlichen Anſpruch auf Anerkennung vorausſetzen wurde. Ohne ſolchen Anſpruch kann die Feſtſtellungsklage immer nur auf Grund eines beſtimmten zwiſchen dem Präjudicialkläger und dem Geklagten beſtehenden Rechtsverhältniſſes erhoben werden;

eine Klage behufs Feſtſtellung rein thatſächlicher Verhältniſſe gibt es nicht.[187]) Beſtünde aber zwiſchen dem Stellvertreter und dem dritten Contrahenten ein Anſpruch auf Anerkennung des Contractsabſchluſſes, dann könnte man ſich denſelben immerhin im Klagewege verwirklicht denken. Es fragt ſich alſo, ob ein derartiger Anſpruch begründet iſt.

Das O. A. G. Caſſel leitet denſelben aus dem ſtillſchweigenden Willen der Parteien ab. Von einem ſolchen ſtillſchweigenden Willen iſt überall keine Spur zu finden. Der Dritte hat keinen Grund, für die Sicherheit des Stellvertreters mehr zu ſorgen, als dieſer ſelbſt thut; verlangt alſo der letztere bei Eingehung des Contracts keinen Schuldſchein, ſo iſt durchaus nicht anzunehmen, daß der erſtere ſich verpflichten will, ihm jederzeit ein ſolches für ihn möglicherweiſe präjudicirliches Anerkenntniß auszuſtellen.[188]) Liegt aber ein ſolcher Verpflichtungswille nicht vor, ſo kann jener Anſpruch nicht ſubſtanziirt werden; namentlich folgt er nicht aus der bona fides des ganzen Verhältniſſes. Dem Dritten kann es vielmehr ſehr drückend ſein, eine ſolche Anerkennung auszuſprechen; man ſetze etwa, der urſprüngliche Contrahent ſei geſtorben und ſeine Erben werden nun belangt, jenen Vertrag anzuerkennen. Da ſie vielleicht von der ganzen Sache nichts wiſſen, und die Anerkennung offenbar gegenüber dem Dominus für ſie ein Präjudiz ſchaffen würde, müſſen ſie Proceß führen. Sie gerathen alſo dadurch in einen doppelten Proceß; einen mit dem Stellvertreter, den zweiten mit dem Principal, dies Alles zur größeren Sicherung des Stellvertreters Nebſtbei iſt dieſe gar nicht nothwendig, da dem Procurator immer freiſteht, ſich mit actio mandati auf Rechnungslegung belangen zu laſſen und dann den Contract in anderem Wege zu erweiſen.

II. Umgekehrt iſt oft behauptet worden[189]), der Procurator ſei verpflichtet, die mit ihm contrahirenden Dritten zur wirkſamen Belangung des Principals in Stand zu ſetzen. Auch dies folgt aus der bloßen Thatſache des Contracts mit nichten, da der Stellvertreter ſich durch das Contrahiren allein zu nichts verpflichtet hat und es Sache des dritten

[187]) Vgl. Weismann die Feſtſtellungsklage S. 155.

[188]) Man ſetze nur den Fall, daß der Principal dem Dritten jene Schuld bereits erlaſſen hatte, und zwar — vielleicht gerade mit Rückſicht darauf, daß ein Schuldſchein nicht vorlag — ohne eine ſchriftliche Urkunde. Soll nun der Dritte ſelbſt ein Beweismittel gegen ſich ſchaffen müſſen, blos um dem Stellvertreter die Sachlage zu erleichtern?

[189]) vgl. Seuffert VIII. 155, dagegen Thöl H. R. (5. Aufl.) S. 262.

Contrahenten iſt, die Behelfe zur Durchſetzung ihres Rechts ſelbſt zu beſchaffen, ſie auch berechtigt ſind, dem Procurator im Proceß litem zu denunciren.[199]) Auch iſt der behauptete Anſpruch ein ganz unbeſtimmter, da vor dem Proceſſe gar nicht beurtheilt werden kann, wodurch denn eine „wirkſame Belangung“ des Principals vermittelt werde; dies kann eben nur der Erfolg des Proceſſes lehren.

§ 19.

Wirkung der ſtellvertretenden Proceßführung auf den Stellvertreter.

Der vom Stellvertreter geführte Proceß bleibt für ihn regelmäßig wirkungslos. Der Stellvertreter will ja die Wirkungen des Proceſſes nicht für ſich, ſondern für den Dominus. Er kann alſo principiell nicht verurtheilt werden und das Urtheil macht weder für noch gegen ihn Rechtskraft. Eine Frage bleibt daher nur inſofern übrig, als es möglich iſt, daß der Stellvertreter den Proceß ohne Vollmacht geführt hat.

Strenggenommen müßte man auch in ſolchem Falle ſagen: Da der Stellvertreter nicht Proceßpartei iſt, kann er zu nichts verurtheilt werden, es können ihm alſo auch nicht die Koſten des durch ihn geführten Proceſſes auferlegt werden, und der Dritte iſt darauf angewieſen, ſich im Wege einer beſonderen Schadenserſatzklage an ihm zu erholen. Mit Recht haben aber neuere Proceßgeſetzgebungen den Standpunkt eingenommen, daß das Proceßgericht den Koſtenpunkt in ſeinem Urtheil ſtets ſo viel als möglich zu erledigen hat, mag auch derjenige, den die Koſtenpflicht trifft, nicht als Partei, ſondern nur in einem acceſſoriſchen Verhältniſſe im Proceſſe ſtehen. Es wird hiemit dem Gericht die autoritative Gewalt eingeräumt, das in der Verurſachung von Proceßkoſten gelegene Unrecht, welches unter ſeinen Augen entſtanden iſt, ſofort zu retorquiren, mag auch durch dieſe Entſcheidung über das Proceßverhältniß hinausgegriffen werden; eine amtswegige Verfügung zur Vermeidung weiterer Proceſſe, in welcher ſich der verwaltende Charakter der Juſtiz offenbart. Demgemäß kann dem Stellvertreter, der keine Vollmacht hat, im Urtheil ſofort der Erſatz der dem Gegner verurſachten Koſten auferlegt werden. Dies iſt ausgeſprochen in

R. C. P. O. §. 97:

„Gerichtsſchreiber, geſetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte, ſowie Gerichtsvollzieher können durch das Proceßgericht

[199]) R. C. P. O. § 69.

auch von Amtswegen zur Tragung derjenigen Koſten verurtheilt werden, welche ſie durch grobes Verſchulden veranlaßt haben.

Die Einſchränkung auf grobes Verſchulden iſt wegen der leichteren Handhabung dieſer Maxime eingeführt. Für das öſterr Recht iſt eine ähnliche Haftpflicht anzunehmen nach Analogie der Beſtimmung des § 264 a. G. O., wonach dem Richter der Erſatz der durch eine begangene Nullität den Parteien erwachſenen Koſten auferlegt werden ſoll, ſowie des § 133 C. O., wonach der Concurs-Maſſeverwalter, welcher muthwillig eine angemeldete Forderung beſtreitet, zum Erſatz der Proceßkoſten aus eigenen Mitteln herangezogen werden ſoll. [191]) Doch iſt nach öſterr. Recht die Haftung nicht auf den Fall einer groben Verſchuldung eingeſchränkt.

§ 20.

Wirkung von ſtellvertretendem Beſitzerwerb und Beſitzſtörung auf den Stellvertreter.

Wenn der Stellvertreter alieno nomine eine Beſitzhandlung vornimmt, ſo entſtehen die günſtigen Rechtsfolgen derſelben ſelbſtverſtändlich nur für den Principal. Ob aber die Verantwortlichkeit für die Beſitzſtörung, die in einer alieno nomine vorgenommenen, erwerbenden oder ſonſtigen Beſitzhandlung gelegen ſein kann, den Principal allein treffen, oder ob für dieſe Beſitzſtörung der Stellvertreter mit verantwortlich bleibt, oder wie man auch zu ſagen pflegt: ob der Stellvertreter zur Beſitzſtörungsklage paſſiv legitimirt iſt, iſt eine ſehr beſtrittene Frage. Die Praxis deutſcher und öſterreichiſcher Gerichte, ſowie die Theorie iſt in dieſer Beziehung ſehr ſchwankend. [192])

Meiner Meinung ſollte aber hier nicht verkannt werden, daß jede Beſitzſtörung, auch die durch Beſitzerwerb geſchehende, einen vorwiegend delictiſchen Charakter beſitzt. Dieſer bringt es mit ſich, daß der Stellvertreter ſich zu ſeiner Excuſation nicht auf den Principal berufen darf. Dies iſt ausdrücklich für das interdictum de vi ausgeſprochen in

---

[191]) Vgl. Waldner die Lehre von den Proceßkoſten nach öſterr Recht S 175, 176 und die Entſch. der I. Inſtanz in G. U. W. Nr. 6653.

[192]) Die Paſſivlegitimation des Stellvertreters wird angenommen, z. B. bei Seuffert XXV. 6, öſt o. G. H. Nr. 289, 1818, 2000, 2103; dagegen abgelehnt o. G. H. Nr. 26, 81, 586.

l. 1 § 13 D. de vi 43, 16,

es hat aber auch für die übrigen Beſitzklagen zu gelten, weil ihr Charakter kein anderer iſt

Unzutreffend wäre der Geſichtspunkt, daß der Stellvertreter ſeinem Mandanten gegenüber nicht berechtigt ſei, den Beſitz aufzugeben und ſo die Beſitzſtörung gutzumachen. Iſt nämlich ſeine Beſitzhandlung wirklich rechtsverletzend geweſen, ſo kann er auch ſeinem Mandanten gegenüber nicht verpflichtet ſein, dieſe Rechtsverletzung aufrecht zu erhalten. - Daß es endlich aus factiſchen Gründen für ihn oft ſchwer und hart ſein wird, dem Dritten Beſitzreſtitution zu leiſten, iſt kein rechtlich maßgebender Geſichtspunkt. [103])

[103]) Gleicher Anſicht Randa Beſitz S. 207, woſ auch Literatur.

Drittes Capitel.

Vollmacht und Ratihabition.

A. Die Vollmacht.

§ 21.

Begriff der Vollmacht.

Dasjenige, was der Handlung des Stellvertreters erſt die Kraft verleiht, für den Vertretenen zu wirken, heißt ſeine Vollmacht. Wir haben nunmehr die juriſtiſche Natur der Vollmacht zu unterſuchen. Hiebei ſehen wir der Vereinfachung wegen zunächſt ab von den (künſtlichen) Fällen der Bevollmächtigung, in denen die Macht des Vertreters, für einen Andern zu handeln, nicht durch den Willen des Vertretenen, ſondern durch das Geſetz begründet wird. Wir faſſen vielmehr vorläufig nur die gewollte Vollmacht in's Auge.

Die gewollte Vollmacht iſt ein Willensact des Vertretenen, und zwar ein ſolcher Willensact, der mit dem auf Grund der Vollmacht vorgenommenen Rechtsgeſchäft im engſten Contact ſteht. Denn nach unſerer Conſtruction der Stellvertretung beruht das durch einen Stellvertreter vorgenommene Rechtsgeſchäft auf zwei Willenserklärungen, nämlich auf einer ſolchen des Stellvertreters und auf einer Willenserklarung des Principals Die Willenserklärung des Principals iſt nun einerſeits erſt dasjenige, welches der Handlung des Stellvertreters überhaupt Wirkung verleiht, ſie iſt gleichzeitig Vollmacht. Ein ſolcher Vollmachtswille iſt conditio sine qua non für die Rechtswirkung der Stellvertretung. Andererſeits haben wir erkannt, daß der Wille des Principals auch für die Art der Wirkungen des Rechtsgeſchäfts von Einfluß ſein kann. Sowie nämlich dieſer Wille des Principals von ſehr verſchiedener Intenſität ſein kann — als unbedingter Auftrag zu einem beſtimmten Rechtsgeſchäft, als bloße Erlaubniß zu einer ſolchen,

oder als Erlaubniß zu irgend welchen ganz unbeſtimmten Rechtsgeſchäften — ſo muß auch das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters nach dem in § 13 ausgeführten ganz verſchieden beurtheilt werden, je nachdem dieſer Wille auf den Inhalt desſelben einen größeren oder geringeren Einfluß gehabt hat.[194]) Hieraus ergibt ſich, daß der Vollmachtswille des Principals in zwei Beziehungen von Bedeutung iſt: Erſtens in Beziehung auf das Ob ſeiner Exiſtenz — ob die Vollmacht ertheilt, ob ſie widerrufen iſt, ob daher das Rechtsgeſchäft überhaupt für den Principal wirkſam wird u. ſ. f.; zweitens in Bezug auf die Frage, welchen Einfluß der concrete Willensinhalt der Vollmacht auf die Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts ausübt, wie dasſelbe für den Principal wirkſam wird. Beide Fragen ſind vollſtändig getrennt zu behandeln, und zwar wird die letztere den Gegenſtand des IV. Capitels bilden, während die Frage, wie die Vollmacht ertheilt wird, wodurch ſie erliſcht und welcher Umfang einer beſtimmten Bevollmächtigung zukommt, ſelbſtändig in dieſem Capitel behandelt werden muß.

Ganz anderer Auffaſſung über das Weſen der Vollmacht iſt freilich die Repräſentationstheorie. Für ſie, welche das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters lediglich nach deſſen Willen beurtheilt, wird natürlich die Vollmacht ſofort ein außerhalb des Rechtsgeſchäfts ſtehender, rein einſeitiger Act, der eigentlich nur entſcheidet[195]), daß die durch jenes Rechtsgeſchäft in abstracto hergeſtellten Wirkungen nun auf die Perſon des Dominus auch wirklich projicirt werden ſollen. Die Vollmacht iſt daher nach Anſicht der Repräſentationstheorie nur in Beziehung auf das Ob ihrer Exiſtenz von Bedeutung; ihr concreter Willensinhalt kommt im Rechtsgeſchäft niemals zur Geltung.

Hiemit hängt die neuerdings ſehr berühmt gewordene Unterſcheidung Laband's zwiſchen Vollmacht und Auftrag zuſammen. Geht man nämlich einmal von der Anſicht aus, daß der Vollmachtswille für den Inhalt des Rechtsgeſchäfts ganz ohne Bedeutung iſt, ſo iſt es insbeſondere auch ohne Bedeutung, ob derſelbe unbedingt auf Vornahme des Rechtsgeſchäfts gerichtet war oder nicht, es iſt gleichgiltig, ob der Vertretene dem Vertreter ſagte: „Du darfſt für mich contrahiren“ oder „Du mußt für mich

[194]) So iſt die Zurechnung eines Dolus, eines mala fides, eines scientia u. ſ. f. nach Umſtänden auch aus der Perſon des Dominus zu entnehmen

[195]) Dieſe Auffaſſung iſt neuerlich beſonders urgirt von Karlowa, das Rechtsgeſchäft und ſeine Wirkung § 10

contrahiren". Dem Dritten gegenüber ſind die Rechtswirkungen in beiden Fällen die gleichen.[196]) Ob alſo der Vertreter zur Stellvertretung einen — um zunächſt ganz unjuriſtiſch zu ſprechen — decidirten Auftrag erhielt, oder ob er zu derſelben blos ermächtigt wurde, muß hienach für die Frage der Stellvertretung ganz gleichgiltig ſein. Dem conſequent war es dann, daß Laband auch wirklich die Unterſcheidung zwiſchen Auftrag und Vollmacht in der Weiſe durchführte, daß er den Auftrag als lediglich für die innere Seite der Stellvertretung, das Verhältniß zwiſchen Vertreter und Vertretenen, maßgebend erklärte und ſomit aus dem Gebiet der eigentlichen Stellvertretung ganz verwies, indem er für dieſes Gebiet lediglich den Begriff der Vollmacht als exiſtent anerkannte.

Dies war nur, wie geſagt, nicht als ein neuer Ausfluß des verfehlten Princips jener Theorie. Es iſt klar, daß für uns, die wir den Willen des Principals auch für die Wirkungen des Rechtsgeſchäfts berückſichtigen, auch das von Bedeutung iſt, ob dieſer zu einem Rechtsgeſchäft Auftrag oder blos Erlaubniß gegeben hatte, daß wir demnach den Begriff des Auftrages auch innerhalb des Gebiets der Stellvertretung als einen praktiſchen anerkennen können.[197])

Soviel zur theoretiſchen Feſtſtellung als Vollmachtsbegriffs. An dieſer Stelle freilich iſt der Begriff der Vollmacht nicht in Beziehung darauf zu prüfen, welchen Einfluß jede concrete Vollmacht auf die Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts des Stellvertreters ausübt, ſondern es iſt nur das zu unterſuchen, in welcher Weiſe die gewollte Vollmacht ertheilt wird, welcher Umfang ihr zukommt und durch welche Thatſachen die begründete Vollmacht erliſcht

Es iſt übrigens nicht nothwendig, daß jede Vollmacht auf dem Willen des Vertretenen beruhe. Es gibt bekanntlich auch Vollmachten, die auf dem Geſetz, auf einem öffentlichen Amt u. ſ. f. beruhen.

Dies ändert zunächſt nichts an der Conſtruction der Stellvertretung. In ſolchen Fällen iſt eben die rechtliche Thatſache, welche die Wirkung der Handlung des Stellvertreters für den Vertretenen vermittelt, nicht ein Willensact einer beſtimmten Perſon, ſondern eben der ſpecielle Eingriff des Geſetzes, die Ertheilung des Amtes u. ſ. f.; dieſe Thatſache

---

[196]) So Laband S. 206: „Der Auftrag iſt alſo für die Stellvertretungs-Befugniß irrelevant."

[197]) Daß zu einem Rechtsgeſchäft des Stellvertreters Auftrag vorhanden iſt, bedeutet nämlich für uns, daß dasſelbe in erſter Linie nach dem Willen des Principals zu beurtheilen iſt (oben S. 119).

wird ein Element des Hauptgeſchäfts. Praktiſch aber zeigt ſich der Umſtand, daß hier nicht der Wille einer Perſon Vollmachtsgrund iſt, nur darin, daß in derlei Fällen der Vertretene niemals einen wirklich concreten, präciſen Willen haben kann, ſomit das Rechtsgeſchäft des geſetzlich Bevollmächtigten nothwendig nur nach deſſen Perſon zu beurtheilen ſein wird.[198]) Dies involvirt aber noch nicht eine wahre Weſensverſchiedenheit der geſetzlichen Stellvertretung von der gewillkürten und es iſt vollſtändig unbegründet, eine ſolche ſtatuiren zu wollen.[199])

Wir gehen nunmehr auf die einzelnen zu beſprechenden Punkte über.

§ 22.

Die Ertheilung der Vollmacht.

Es iſt bekannt, daß die Vollmachtsertheilung nicht als ſelbſtändiges Rechtsgeſchäft auftreten muß. Sie kann vielmehr — und dies wird ſogar ſehr häufig der Fall ſein — in einem andern (zweiſeitigen) Geſchafte implicite mitenthalten ſein.[200]) So wird das Mandat ſehr häufig auch eine Vollmacht zum Auftreten als Stellvertreter involviren; ebenſo wird in der Dienſtmiethe ſchon vermöge der Uebertragung der Dienſtesverrichtungen Stellvertretungsbefugniß enthalten ſein. In ſolchen Fällen wird alſo die Vollmacht kraft eines Vertrages ertheilt.

Wo aber die Bevollmächtigung nicht ſchon durch einen anderweitigen Vertrag mitbegründet wird, ſondern als ſelbſtändiger, von den internen Beziehungen zwiſchen Principal und Vertreter losgelöſter Rechtsact auftritt, da entſteht die Frage: Iſt das Rechtsgeſchäft der Bevollmächtigung ein einſeitiger Act des Dominus oder ein Vertrag zwiſchen Dominus und Stellvertreter?[201]) [202])

[198]) Es wird alſo bei geſetzlicher Stellvertretung immer nur der oben § 14 sub b bezeichnete Typus der Stellvertretung vorliegen können.

[199]) Wie Hellmann S. 46 thut (vgl oben Not 102)

[200]) Vgl auch unten Cap IV. § 37

[201]) Es iſt wohl ſelbſtverſtändlich, daß die Frage, ob der Act der Bevollmächtigung ein entgeltlicher iſt oder nicht, durch unſere Auffaſſung wonach die Vollmacht ein Theil des Hauptgeſchaftes iſt, nicht im mindeſten tangirt wird. Im Verhältniß zum Hauptgeſchäft nämlich iſt die Vollmacht allerdings nur ein Theil dieſer Theil wird aber ſelbſtändig (oft für ſehr viele Geſchäfte gleichzeitig — Generalvollmacht) erzeugt, es entſteht daher die Frage, welcher Natur dieſer Erzeugungsact iſt

[202]) Die Frage kann ſich natürlich nur auf gewillkürte Vollmachten beziehen; geſetzliche Vollmachten werden kraft öffentlich-rechtlicher Acte ertheilt.

Meines Erachtens ist es das Richtigere, den Bevollmächtigungsact für einen einseitigen zu halten.[203]) Die gegentheilige Annahme läßt sich freilich so leicht nicht widerlegen; denn es ist allerdings stets möglich, wenn der Bevollmächtigte im Hinblick auf seine Vollmacht handelt (und dieser Hinblick ist, wie wir sehen werden, unumgänglich), hierin eben eine Annahme zu erblicken. Dennoch ist die erstere Auffassung als die allein richtige zu bezeichnen. Zunächst ist sie die weitaus natürlichere. Denn der Bevollmächtigte hat eben das Bewußtsein, bereits bevollmächtigt zu sein und nicht erst im Augenblick seiner Handlung sich die Vollmacht zu beschaffen. Die entgegenstehende Auffassung führt aber auch in concreto zu unrichtigen Resultaten. So würde, wenn der Dominus vor dem Rechtsgeschäft des Stellvertreters verstürbe, seine noch nicht acceptirte Vollmachtsofferte natürlich wie jede andere Offerte durch den Tod erlöschen. Da dies nun zweifellos nicht geschieht, sondern der dritte Contrahent in seinem Vertrauen auf die Vollmacht geschützt wird, wenn der Stellvertreter auf Grund der ihm offerirten Vollmacht gehandelt hat, wird man wohl annehmen müssen, daß dieselbe schon von Anfang an, also durch die einseitige Bevollmächtigung seitens des Dominus, vorhanden war.

Hiemit stimmt auch die Ausdrucksweise der Quellen überein, welche, wie Hellmann[204]) richtig bemerkt, wo sie von Bevollmächtigung reden, nie von einem Vertrag sprechen, sondern immer nur auf den vorhandenen Vollmachtswillen des Principals (voluntas) hinweisen; vgl. z. B.

l. 41 § 1 D. 6, 1. sed et si voluntate domini tradat.

l. 14 D. 6, 2, u. A.

Demnach ist diese Ansicht allerdings der Auffassung der Bevollmächtigung als zweiseitigen Geschäftes vorzuziehen.

Eine andere Frage aber ist es, ob der Stellvertreter im Augenblick, wo er handelt, von dem Vorhandensein dieser seiner Vollmacht unterrichtet sein muß, um für den Principal sofort die vollmachtsgemäßen Wirkungen zu erzeugen, oder ob letzteres auch dann geschieht, wenn er bei der Stellvertretung von der Existenz seiner Vollmacht gar nicht unter-

[203]) So auch Regelsberger, Krit. Vjschr XI. S. 369. Brinz Pand. S. 1620 Zimmermann S. 88. Drechsler actio quod jussu S 22 flg. Karlowa a. O. S. 58 Hellmann S. 109. A. a. Ansicht Laband a. a. O. S. 203 flg Dagegen auch Curtius S 79, aber aus ganz unzulänglichen Gründen vgl Hellmann S. 110.

[204]) S. 112.

richtet war; ob alſo der bevollmächtigte Stellvertreter, der ſich für einen bloßen Negotiorum Geſtor hält, den Vertretenen ſofort berechtigt und verpflichtet, oder ob hiezu noch Ratihabition nothwendig iſt.

Letzteres behauptet Zimmermann[205]), im Gegenſatze zu Hellmann.[206]) Ich glaube, daß man Zimmermann beitreten und das Bewußtſein des Stellvertreters vom Beſtand ſeiner Vollmacht verlangen muß. Nur iſt das von Zimmermann angeführte Motiv: „Daß man andernfalls nicht ſagen könne, der Stellvertreter habe domino mandante (l. 42 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2; l. 3 § 7 D. de B. P.) gehandelt", nicht beweiſend, denn es iſt eben fraglich, ob die Quellen hierin ein unumgängliches Erforderniß wirkſamer Stellvertretung erblickten. Das ausſchlaggebende Moment iſt aber das, daß die ſofortige Wirkſamkeit des Geſchäfts für den Dominus eben nur durch den auf ſofortige Wirkung ausdrücklich gerichteten Willen des Stellvertreters erzeugt werden darf, und daß, wo der Stellvertreter als Negotiorum Geſtor handelte, ſomit dem Dominus die Deliberation über das Geſchäft noch vorbehalten wollte, der Wille, den Dominus ſofort zu berechtigen oder zu verpflichten, noch gar nicht vorliegt, ſomit eine unmittelbare Berechtigung oder Verpflichtung Mangels eines hierauf gerichteten Willens nicht eintreten kann. Die gegentheilige Anſicht widerſpricht dem Intereſſe des Dominus, indem es ihn an Entſchluſſe des Stellvertreters feſſelt, welchen dieſer ſelbſt noch keine verbindende Kraft beilegen wollte.

Daß ein derartiges Intereſſe auch rechtlich anerkannt wird, dafür können wir uns auf ein zwar nicht expressis verbis, aber doch mittelſt einer kaum abzulehnenden Analogie ſprechendes Quellenzeugniß berufen:

l. 3 D. de eo qui pro tut. 27, 5.

Quaero an is qui cum tutor testamento datus esset, et id ipsum ignoraret, pro tutore negotia pupilli gesserit, quasi tutor, an quasi pro tutore negotia gesserit, teneatur? Respondit, non puto teneri quasi tutorem, quia scire quoque se tutorem esse debet, ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat.

Hier wird ausgeſprochen, daß Derjenige, welcher die Geſchäfte eines Pupillen nicht als Tutor, ſondern in der Meinung, hiezu nicht berufen zu

[205]) S. 89
[206]) S. 113

ſein, geführt hat, wenn er auch in Wahrheit Tutor war, doch den ſtrengeren Verpflichtungen eines Tutor gegen ſein Bewußtſein nicht unterworfen werden kann; er wird nicht als ein beauftragter, ſondern als ein unbeauftragter Geſchäftsführer behandelt. Nun iſt allerdings richtig, daß dieſe Stelle ſich nur auf das interne Verhältniß, auf die Verantwortlichkeit des Geſtor gegenüber ſeinem Principal bezieht; treffen aber nicht die Gründe dieſer Unterſcheidung ganz ebenſo für die Verpflichtungen des Principals gegenüber Dritten zu, wie für jene des Geſtor gegenüber dem Principal? Soll nicht auch beim Principal darauf Rückſicht genommen werden, daß der Stellvertreter eine ſofortige Verpflichtung aus ſeinen Handlungen nicht für gegründet hielt und vielleicht etwas raſcher mit dem Contrahiren bei der Hand war, weil er glaubte, daß dem Principal ohnedies noch das Deliberationsrecht zuſtehe?

Indem wir glauben, eine Berückſichtigung dieſes Umſtandes nach Analogie jener Stelle auch beim Principal rechtfertigen zu können, müſſen wir alſo zur Wirkſamkeit der Bevollmächtigung für den Principal das Bewußtſein von dieſer Vollmacht vorausſetzen. Es iſt aber dieſes Bewußtſein weit entfernt von dem Erforderniß einer Acceptation, dasſelbe reducirt ſich lediglich auf eine Kenntnißnahme, welche dem Vollmachtgeber natürlich nicht weiter intimirt zu werden braucht. [207]) [208])

Die weitaus wichtigſte Frage bei der Vollmacht iſt aber immer die nach ihrem Umfang, zu welcher wir jetzt übergehen.

§ 23.

Umfang der Vollmacht.

Die Vollmacht kann ſpecieller oder genereller ſein, je nachdem ſie ſich auf ein einzelnes genau bezeichnetes Geſchäft, auf mehrere oder alle

[207]) Alſo etwa wie die Kenntnißnahme von der Ratihabition (ſ. unten Not. 267) oder von der Kündigung von Forderungen (vgl Exner Hyp. N. II S. 247).

[208]) Richtig iſt übrigens, was auch Zimmermann (S. 89, Not. 107a) bemerkt, daß nach dem Geſagten die Streitfrage, ob die Vollmacht ein einſeitiger oder zweiſeitiger Act iſt, ſehr unpraktiſch wird; denn da nun der Stellvertreter von der Exiſtenz derſelben bei ſeiner Handlung immer Kenntniß haben muß, kann immer geſagt werden, daß er ſie durch ſein Handeln acceptire Verſchiedenheiten könnten ſich jedoch, wie Zimmermann richtig bemerkt, noch immer inſofern ergeben, als, wenn die Vollmacht acceptirt werden müßte, unter Abweſenden nach der ſogenannten Vernehmungstheorie noch der Principal die Acceptation erfahren müßte, damit die Vollmacht wirkſam ſei.

möglichen Geſchäfte erſtreckt. Bei generellen Vollmachten iſt die Aufgabe immer die, den Umfang derſelben feſtzuſtellen, um zu ermitteln, ob ein beſtimmtes Geſchäft noch vollmachtsgemäß ſei oder nicht.

I Hiefür kommen nun zunächſt die allgemeinen Grundſätze der Willensinterpretation in Anwendung. Der concrete Umfang der Vollmacht iſt nach dem vermuthlichen, den Umſtänden zu entnehmenden [209]) Willen des Vollmachtgebers zu beſtimmen; hiefür laſſen ſich natürlich keine überall ausreichende Regeln, ſondern nur leitende Grundſätze geben. Solche ſind:

1. Die zu einem beſtimmten Zweck ausgeſtellte Vollmacht enthält auch die Vollmacht zur Ergreifung der zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Mittel. [210]) Ebenſo ſchließt natürlich die Vollmacht ad maius die Vollmacht ad minus ſtets in ſich.

2. Umgekehrt beſchränkt der dem dritten Contrahenten bekannte ausdrücklich ausgeſprochene Zweck einer Vollmacht dieſelbe auf die zur Erreichung dieſes Zweckes nothwendigen Handlungen, wenn auch die Vollmacht allgemein lautet. [211])

3. Beſchränkungen der Vollmacht können dritten Perſonen nur dann entgegengeſetzt werden, wenn ſie deutlich umgrenzt ſind; andernfalls können die Dritten die undeutliche Beſchränkung ignoriren. [212]) Ueberhaupt ſind undeutliche Ausdrücke der Vollmacht gegen den Machtgeber zu interpretiren. [213])

---

[209]) Oeſt. O. G. H 655, 1596.

[210]) l. 56 de proc. 3, 3 l 5 § 1. de aed ed. 21, 1. l 1 § 8 D. de ex a°. 14, 1, l 5 § 13 D de inst a°. 14, 3. Oeſt. O G. H. XXI. 271. (Uebergabe eines Hypothekenſchemes, „um ſich darauf Geld zu machen", ſchließt die Vollmacht zur Ceſſion desſelben in ſich.) Umgekehrt kann aus der Vollmacht zu gewiſſen Handlungen, welche regelmäßig nur als Mittel zur Errichtung eines beſtimmten Zwecks erſcheinen, auf die Vollmacht zur betreffenden Zweckhandlung geſchloſſen werden, ſo ſchließt die Vollmacht zur Verpfändung offenbar die Vollmacht, Darlehen aufzunehmen in ſich. O. G H. 789. Im Nothfall darf der Bevollmächtigte ſelbſt Mittel ergreifen, die in der Vollmacht nach regelmäßiger Interpretation nicht erlaubt wären, wenn dies die einzige Möglichkeit zu Vollführung ſeines Auftrags und zur Abwendung von Schaden nothwendig iſt Seuffert's Arch II 41.

[211]) So öſt. O. G H 2437. Ebenſo Seuffert's Arch. XV. 22 Wenn in der Vollmachtsurkunde bemerkt iſt, daß die Vollmacht zum Zweck der Erlangung einer Erbſchaft ausgeſtellt werde, ſo iſt dieſelbe doch, wenn ſie auch allgemein lautet, mit dieſer Maßgabe einſchränkend zu interpretiren.

[212]) R. O. H. G. V. 47 Seuffert's Arch. XVIII 134.

[213]) arg. l. 39 D. de pac. 2, 14

4. Die Wirkſamkeit einer Vollmacht zur Veräußerung von Sachen iſt davon abhängig, daß der Bevollmächtigte bei dem dieſer Veräußerung zu Grunde liegenden Geſchäft vollmachtsgemäß vorgegangen iſt.[214])

5. Oeftere Ratihabition von vollmachtsloſen Geſchäften durch den Dominus kann dem Vertreter zuletzt eine wahre Vollmacht verſchaffen[215]); dagegen kann im bloßen Stillſchweigen des Principals zu vollmachtsloſen Geſchäften keine weitere Ermächtigung gefunden werden[216])

Im Uebrigen aber gilt natürlich der Grundſatz, daß die Vollmacht, wenn auch nicht ängſtlich, ſo doch ſtreng zu interpretiren iſt, alſo nicht willkürlich auf Dinge ausgedehnt werden darf, die nicht darin enthalten ſind; denn dies könnte den Principal ſchwer beeinträchtigen. Wer daher zum Abſchluß eines Geſchäfts bevollmächtigt iſt, iſt es noch keineswegs zur Empfangnahme der Erfüllung oder Zahlung. Mit der Befugniß, baar einzucaſſiren, iſt die Befugniß, Wechſel an Zahlungsſtatt zu nehmen oder ſonſt zu creditiren, noch nicht gegeben[217]), daher iſt auch Vollmacht zum Zahlungsempfang noch nicht Vollmacht zur Novation[218]); und wer zum Verkauf gegen baar bevollmächtigt iſt, iſt es noch nicht zum Verkauf auf Credit. Wer gezählte Gegenſtände verkaufen darf, darf noch keinen Lieferungsvertrag abſchließen[219]), und wer zum Kauf bevollmächtigt iſt, darf deswegen noch nicht verkaufen und wer ver-

[214]) Hat alſo der Bevollmächtigte zu billig verkauft, ſo iſt nicht blos der Verkauf, ſondern auch die auf Grund desſelben erfolgte Tradition nichtig l. 1 § 3 D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3.

[215]) l. 8 D qd. cum eo 14, 5 öft. C. G. H. 5725. Seuff. Arch. VI 32, XXIV 138. XII 132; cf. R. O. H. G. XIII 212. Ein Agent hatte Geſchäfte abgeſchloſſen und einige Zahlungen entgegengenommen; der Principal überſandte die Factura und verbuchte die Geſchäfte, ohne weitere Zahlungen an den Agenten zu verbieten. Hierin wurde eine Bevollmächtigung des Agenten zum Empfang weiterer Zahlungen erblickt.

[216]) R. O. H. G. A. 97.

[217]) Brückmann H. R. S. 456. Goldſchmidt Zeitſchr. II. S. 402. Schletter Jahrb. V. 345 u. 11 R. O. H. G. XIII. 296. l. 5 § 15. D. de inst. a.

[218]) Man könnte vielleicht das Gegentheil annehmen wollen wegen l. 10, D. de nov. 46, 2. Cui recte solvitur, is etiam novare potest. . Die Stelle bezieht ſich aber gar nicht auf Stellvertretung, da ja eine ſolche in der Novation gar nicht zuläſſig war, ſondern ſie bezieht ſich auf die Handlungsfähigkeit, wie l. 20 § 1 D. eod. Daß der Zahlungsempfänger nicht novieren darf, zeigt ſofort die Fortſetzung der cit. l. 10, ſowie l. 16 D. de nov., letztere im Zuſammenhalt mit l. 35 D. de sol. 46, 3.

[219]) l. 5 § 9 D. de inst. a. 14, 3. cf. H. G. B. Art. 50.

kaufen darf, iſt noch nicht befugt zu kaufen.[220]) Endlich iſt mit der Befugniß, für einen Andern den Beſitz auszuüben, die Vollmacht zum Erwerb neuen Beſitzes noch nicht gegeben.[221])

Beſondere Beſtimmungen beſtehen für die Vollmacht der Procuriſten, Handlungsgehilfen und Handlungsgeſellſchafter in den Art. 41 51, 110 flg. a. d. H. G. B., ferner für Correſpondentrheder und Schiffer, betreffs deren näherer Darſtellung auf das Handelsrecht zu verweiſen iſt[222]); endlich für die Proceßbevollmächtigten in §§ 74—82 R. C. P. O., § 416 allg. (§ 548 w. g.) G. O. f. Oeſterr.

Ebenſo beſtehen auch gemeinrechtlich geſetzliche Vorſchriften über den Umfang generell ertheilter Vollmachten, welche Vorſchriften durch die Praxis theilweiſe erweitert worden ſind. Hierüber, ſowie über den in der älteren Rechtsſchule oft gezogenen Unterſchied zwiſchen mandatum generale cum libera und mandatum generale simpliciter tale genügt es in Anbetracht der geringen praktiſchen Wichtigkeit, die dieſen ſchola-

[220]) l. 5 § 12 D. de iust a.

[221]) Seuff. Arch XXII.

[222]) vgl. Laband S. 218 flg. und die Compendien. Von Entſcheidungen der Praxis hebe ich hervor: Der Handlungsbevollmachtigte muß in einem Abhangigkeitsverhältniſſe zum Principal ſtehen, damit die Beſtimmungen der Art 47 flg. auf ihn zur Anwendung kommen. R. C H. G I. 149 II 303, IV. 105, V 168, IX 104. Bloße Agenten ſind im Zweifel zum Vertragsabſchluß nicht ermachtigt, ſondern blos zur Entgegennahme von Offerten R. C H G. V. 168, XIII. 212. Der Ueberbringer einer Blancoquittung iſt zum Zahlungsempfang nicht bevollmachtigt XI 31. Handlungsreiſende konnen die von ihnen feſtgeſetzten Preiſe auch ermaßigen, Differenzen aus den von ihnen abgeſchloſſenen Geſchäften begleichen (namentlich, wenn dies an Ort und Stelle geſchieht), Friſten bewilligen und Vortheile anderer Art verſprechen, wenn damit im Intereſſe des Principals gehandelt wird Brinkmann a. a. O. Seuff Arch. I. 339, V. 130. Arch. f. prakt. R. W V S. 329, 331, IV. S 171. Schletter Jahrb. III. n. 13, zu einem neuen Verzicht ſind ſie nicht ermachtigt. Thol S. 218 cf. R. C H. G. IX S. 351, wenn ihnen die Vollmacht hiezu nicht durch beſondere Handlungsgebräuche eingeräumt iſt. R. O. H G. VI 400. Ein Handlungsbevollmächtigter, der Caſſe hat, darf im Zweifel auch encaſſiren, Goldſchmidt's Zeitſchr. I. 157 Wer zum Verkauf bevollmachtigt iſt, iſt es auch zur Entgegennahme der Dispoſitionsſtellung R C H G V S. 105, nicht aber der bloße Agent, R C H. G XV. 271 Mit der Ermachtigung an den Agenten, Anträge entgegenzunehmen, iſt auch die zu deren Ablehnung im Zweifel gegeben. R. O. H G. II. 244 u. f. f.

ſtiſchen Unterſcheidungen heute noch zukommt, auf die älteren Praktiker zu verweiſen.[223])

Specielle Arten der geſetzlichen Vollmacht ſind die des Tutor, der verſchiedenen Arten von Curatoren, des Concursmaſſeverwalters, des Sequeſters und der Beamten. Das Nähere hierüber gehört in die betreffenden Partien des Civil- und öffentlichen Rechts; im Allgemeinen läßt ſich nur ſagen, daß die Vollmacht dieſer Perſonen gerade ſo weit und nicht weiter reicht, als der Zweck ihrer Beſtellung: Verwahrung und zweckentſprechende Verwaltung des ihnen anvertrauten Vermögens [224])

[223]) vgl. Struk in tit. de proc et mand. XXXIII Glück V. § 461 und die daſelbſt citirten. Für das öſterreichiſche Recht vergleiche man § 1007—1008 a. b. G. B. Die geſetzlichen Beſchränkungen allgemein ertheilter Vollmachten haben insbeſondere — in Ermangelung beſonderer Corporationsſtatuten, welche den Umfang der Vollmacht normiren — auch dann zu gelten, wenn die Organe einer Corporation für dieſelbe Geſchäfte eingehen. Viel zu allgemein und deshalb unrichtig iſt diesbezüglich die Argumentation des R. C. H. G. V. 48. „Die Organe einer Genoſſenſchaft ſind zur Eingehung von Wechſelverbindlichkeiten für dieſelbe befugt, es ſchadet nichts, daß hiezu nach ſächſiſchem Recht Specialauftrag erforderlich iſt, *denn ihre Vollmacht beruht nicht auf einem civilrechtlichen Auftrag, ſondern in ihrer Beſtellung als verfaſſungsmäßige Organe.* Sie ſind nicht Beauftragte, ſondern nach außen hin *Repräſentanten* der Genoſſenſchaft." Dies iſt ein ganz unrichtiger Gedankengang. Die Begriffe des „Organs" und „Repräſentanten" ſind überhaupt ganz unklar und finden ſich immer dort, wo man etwas beweiſen will, was man nicht beweiſen kann, ſo z. B. zum Nachweiſe der oft poſtulirten Haftung des Staats für Delicte ſeiner Beamten, vergleiche *Löning*, die Haftung des Staats S. 65 flg. und die daſelbſt citirten. Worin ſoll denn der Unterſchied zwiſchen Repräſentanten und Beauftragten liegen? Dasjenige, woran man im Geheimen denkt, daß nämlich die Repräſentanten der Corporation jene Univerſalität und Beweglichkeit verſchaffen ſollen, welche der phyſiſchen Perſon zukommt, iſt offenbar unhaltbar, ſonſt könnten die Repräſentanten auch für die Corporation heiraten, delinquiren u. ſ. f. Man wird ſich alſo doch immer beſcheiden müſſen, auf den nüchternen Begriff der gewöhnlichen Stellvertretung zurückzugehen, woraus ſich von ſelbſt ergibt, daß in Ermanglung beſonderer ſtatutariſcher Beſtimmungen die Vollmacht der Repräſentanten nach den allgemeinen Grundſätzen zu beurtheilen iſt. Andernfalls wäre dieſelbe ganz unbeſtimmt. Eine andere Frage iſt es, ob Generalbevollmächtigte blos auf Grund der generellen Vollmacht Wechſelverbindlichkeiten eingehen können. Es iſt zu ſagen: Wo dies nicht ausdrücklich verboten iſt (ſo H. G. B. Art. 47) iſt es ihnen erlaubt. So richtig auch der öſterreichiſche O. G. H. Nr. 1882.

[224]) Aus der Praxis hebe ich folgende Entſcheidungen hervor.

a) Betreffend den Curator. Der curator absentis iſt nicht blos curator bonorum, ſondern als wahrer Stellvertreter auch zur Antretung von Erbſchaften bevollmächtigt. *Seuffert's* Arch. XXII. 42 cf. *Kraut*, Vormundſchafts-Recht

Eine präſumtive Vollmacht endlich beſitzt nach öſterreichiſchem Recht der Ehemann, indem er bis auf erfolgten Widerſpruch zur Verwaltung des Paraphernalgutes der Ehefrau bevollmächtigt gilt.[325]) Die ſogenannten präſumtiven Proceßvollmachten[326]), welche der gemeine Civilproceß gewiſſen Perſonen ertheilte, ſind aufgehoben. Eine beſondere Art von prä-

II. 262 264. Ebenſo nach Antretung der Erbſchaft zur Vertretung bei der Erbtheilung und Realiſirung der Verlaſſenſchaft. Seuff I. 114. XI. 257, XVI. 229. Ebenſo iſt er auch zur Klaganſtellung befugt, wo es ſich handelt, Rechte der Curatelsmaſſe zu wahren, nicht aber zur Anſtellung von Klagen perſönlicher Natur, z B. querela in ob donationis testamenti Seuff. XXI 233. Noch weniger darf er auf Koſten ſeines Curanden Liberalitäten ausüben. Seuff. XXI 154, l 17 D. de cur. furiosi 27, 10.

b) Betreffend den Sequeſter und Concursmaſſeverwalter: Dieſe müſſen kraft des Zwecks ihrer Beſtellung auch für berechtigt gehalten werden, den Schuldner aus dem ihm gehörigen Hauſe zu dejiciren. So richtig öſterr O. G. H. 7238, unrichtig die entgegengeſetzte Entſcheidung in Nr 5844. Die richtige Anſicht ergibt ſich für das öſterreichiſche Recht unmittelbar daraus, daß der Schuldner kein Recht hat, aus der Executionsmaſſe den Unterhalt zu fordern (öſterr. E. O. § 5). Dagegen iſt der Sequeſter nicht berechtigt, Verträge über das Sequeſtrationsobject auf eine beſtimmte, die Dauer der Sequeſtration und der gewöhnlichen Vermiethung überſchreitende, Periode einzugehen. Seuff XVIII 234. Zur Klage behufs Herbeiziehung der Maſſe iſt natürlich der Sequeſter ſo gut wie der Maſſeverwalter legitimirt. Seuff XVIII. 48, cf. XII. 306. Dagegen iſt der Sequeſter und Maſſeverwalter nicht berechtigt, die ihm anvertrauten Gegenſtände aus dem Beſitze zu laſſen, daher er zu Klagen auf Sachreſtitution nicht paſſiv legitimirt iſt, ſolche Klagen müſſen vielmehr gleichzeitig auch gegen den Executen gerichtet werden. Anders kraft poſitiver Beſtimmung (§ 137 öſterr. E. O.) der Concursmaſſeverwalter.

[325]) § 1238, a. b. G. B. Er iſt daher befugt zur gewöhnlichen Vermiethung und Verpachtung der der Frau gehörigen Realitäten O. G. H. 1477; zum Erwerb von Beſitz und zur Anſtellung von Beſitzklagen, Nr 4034, ob er auch ſonſt zum gerichtlichen Einſchreiten befugt iſt, hangt davon ab, ob dasſelbe im concreten Falle blos als ein Ausfluß der Verwaltung anzuſehen iſt oder nicht, vergleiche Nr 5400. Wenn aber der O. G. H. in Nr 5015 den Ehemann für berechtigt erklärt, um Löſchung von Pranotationen einzuſchreiten, ſo iſt dies ſehr zweifelhaft, da eine ſolche Löſchung durchaus nicht immer zum Vortheil der Frau gereicht und ebenſowenig eine gewöhnliche Verwaltungshandlung iſt. Uebrigens ſollte nicht überſehen werden, daß die vorgeſchriebene amtswegige Prüfung der Vollmacht durch den Richter auch durch § 1238 a. b. G. B. durchaus nicht ausgeſchloſſen iſt — wie die Praxis wohl anzunehmen ſcheint, da ſonſt Falle, wie in Nr 4034 und 5400 nicht ſo leicht möglich wären; denn weil der Widerſpruch der Frau möglicherweiſe erfolgt ſein kann, hat der Richter ſich vom Vorhandenſein der Vollmacht immer zu überzeugen.

[326]) In Wahrheit waren dies gar keine Vollmachten, ſondern nur Befreiungen von der Cautio de rato. Vgl über dieſe Erſcheinung Wetzell C. Pr. S. 47.

ſumtiver Vollmacht ergibt ſich endlich aus dem Satze der Praxis, daß Gemeinden berechtigt ſind, die ſämmtlichen Gemeindemitgliedern zuſtehenden Rechte klageweiſe zu verfolgen.[227])

II. Die bona fides, die das Vollmachtverhältniß gegenüber dem Dritten normirt, bringt für dieſen auch die Verpflichtung mit ſich, ſich über den Beſtand und Umfang der Vollmacht thunlichſt zu orientiren. Er darf ſich daher auf den aus dem Bevollmächtigungsact hervorgehenden Willen des Principals nicht blindlings verlaſſen, ſondern er hat bis zu einem gewiſſen Grade zu prüfen, ob auch die concreten Vorausſetzungen, unter welchen der Principal die Bevollmächtigung gewollt haben mag, vorhanden ſind.[228]) Dieſe Verpflichtung nun ſtellt ſich je nach den Verhältniſſen verſchieden, und zwar nach folgenden Geſichtspunkten:

a) Iſt die Vollmacht eine allgemeine und nicht zu einem beſtimmten dem Dritten bekannten Zwecke ausgeſtellte, ſo kann derſelbe ſich auf dieſe Vollmacht ohne Weiteres verlaſſen. Ob der Stellvertreter ſeinen Inſtructionen gemäß handelt, darauf darf und muß er ſich nicht einlaſſen. Nur Colluſion oder offenbare mala fides, welche auf gefliſſentlichem Nichtſehenwollen der Bedenklichkeit der Situation beruht, ſchließt ſein Vertrauen auf die Vollmacht auch hier aus.

b) Iſt die Vollmacht lediglich zu einem beſtimmten Zweck ausgeſtellt, ſo darf ſich der Dritte nicht unbedingt auf die Angabe des Stellvertreters verlaſſen, daß das Geſchäft ein vollmachtsgemäßes ſei, ſondern er hat ſich hierüber einigermaßen[229]) zu vergewiſſern. Natürlich iſt es nun dem Dritten nicht immer möglich, den Stellvertreter ängſtlich zu überwachen, und inſoweit dies nicht möglich iſt, muß er ſich auf die Vollmacht verlaſſen können; denn dazu iſt ſie ja da. Zu weitgehenden Nachforſchungen kann er alſo nicht verhalten werden, nur ſoll er einen auf der Hand liegenden Betrug vermeiden. Hienach kann ihm unter Umſtänden auch ein poſitives Thun obliegen, daß er nämlich unterſuche, ob die Vorausſetzungen jener Vollmacht vorhanden ſind, ſoweit ſich dies „im gewöhn-

[227]) Seuff Arch. I 1, 313. II. 258, VI. 309, VII. 360, XVI. 97, XXI. 11. Dagegen gilt nicht auch der umgekehrte Satz; die Mitglieder einer Gemeinde können die dieſer zuſtehenden Rechte nur dann im Klagewege verfolgen, wenn ſie ſelbſt ſolidariſch mitberechtigt ſind, vgl. Seuff VIII 1113. Glück V. 234.

[228]) cf. l. 35 D. de sol. 46, 3, l. 11 D. depo. 16, 3. vv.. nisi aliqua causa intercidorit, ex qua intelligi possit, invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi.

[229]) l. 7 § 1 D. de ex a.° 14 3 et in summa aliquam diligentiam creditorem debere praestare.

lichen Geſchäftsgang“ leicht thun läßt, ohne den Stellvertreter zu verletzen oder zu beſchweren.[230]) Liegen aber Umſtände vor, welche zum Verdacht auffordern, dann muß der Dritte die Vollmachtsmäßigkeit des Vertrags genau prüfen, und kann unter Umſtänden ſogar das Creditiren überhaupt ausgeſchloſſen erſcheinen.[231])

Im Uebrigen präjudicirt es dem Principal, wenn der Stellvertreter die Beſchränkungen der allgemein gehaltenen Vollmacht verheimlicht.[232])

III. Sind die geſetzlichen Vorſchriften über den Umfang der Vollmacht an verſchiedenen Orten verſchieden, ſo gelten die Geſetze des Ortes, wo die Vollmacht ausgeſtellt wurde, nicht jene, wo der Stellvertreter mit der Vollmacht gehandelt hat. Dies folgt aus der allgemeinen Regel, daß für die Rechtswirkſamkeit einer Handlung im Zweifel die Geſetze des Orts anzuwenden ſind, wo dieſelbe vorgenommen wurde.[233]) Andernfalls würde man zu der Conſequenz kommen, daß der Vollmachtgeber den ihm unbekannten und völlig unabſehbaren Veränderungen einer fremdländiſchen Geſetzgebung unterworfen wäre, wozu ihm offenbar der Wille fehlt.[234]) Auch könnte bei der entgegengeſetzten Entſcheidung jeder Bevollmächtigte ſeine Vollmacht beliebig überſchreiten, er brauchte nur in ein Land zu gehen, wo ſie einen weiteren Umfang hat.[235]) — Das Gegentheil wäre nur dann anzunehmen, wenn der Principal an einem beſtimmten Ort eine ſtändige Repräſentanz beſtellt hat; hier wird man doch wohl ſagen müſſen, daß er ſich den Geſetzen dieſes Orts unterwirft; auch führen zu dieſer Entſcheidung die Grundſätze über die praepositio institoris. Dasſelbe iſt natürlich anzunehmen, wenn die Vollmachtsurkunde von dem

---

[230]) Hiernach beſteht die ſogenannte Erkundigungspflicht. Dieſelbe wird ſchon behauptet in gl. ad l. 7 D. de ex. a.°: ad hoc quod creditor efficaciter agat, quatuor considerare debet, sc. quod in refectionem mutuet ei quod sciat esse praepositum et non plus quam sit refectioni necessarium et in eo loco ubi res sunt quae comparari debent ad refectionem; vgl Leyſer med. ad T. D. 14. 3. III. und V, Struk ad T de R. C § 51 Ferner Thöl H. R. § 65 (5. Aufl.), dazu neuerdings Baron Abhandlungen II S. 202 flg.

[231]) arg. l 11 D. 16. 3.

[232]) arg. l. 11 § 4 D. de inst. a.° — Dagegen ſchadet es dem Principal nicht, wenn der Stellvertreter die ihm gegebene Vollmacht falſchlich erweitert Nähere Ausführungen ſ bei Mommſen Erörterungen II S. 116 flg.

[233]) Vgl. l 34 D. de R. J 50. 17

[234]) So richtig R. O. H. G. Entſch. VIII. Nr. 38, auch die Verfaſſer der Entſcheidungsgründe in IV. 294 ſcheinen ſich dieſer Anſicht zuzuneigen, vergleiche Seuff. Arch II. 234.

[235]) Vgl. Bar Internat. P. R. S 262, Fölix, droit intern. II. S. 21.

Ort datirt iſt, wohin ſich der Vertreter zu begeben hat; in dieſer Datirung wird eine Unterwerfung unter die Vorſchriften des betreffenden Ortes zu erblicken ſein.

Wird der geſetzliche Umfang der Vollmacht im Lauf der Zeit durch Aenderungen in der Geſetzgebung erweitert, ſo wird dadurch natürlich die vorher ſchon ertheilte Vollmacht nicht ausgedehnt; doch kann nach Umſtänden in dem Fortbeſtehenlaſſen derſelben eine Erweiterung nach Maßgabe des neuen Geſetzes gefunden werden.[236])

IV. Sind mehrere Bevollmächtigte gemeinſchaftlich, d. i. uno actu beſtellt worden, ſo ſind ſie in der Regel, und dafern nicht das Gegentheil ausdrücklich beſtimmt worden iſt, nicht befugt, einzeln, ſondern nur berechtigt, gemeinſchaftlich zu handeln.[237])

V. Der Bevollmächtigte hat ferner nach römiſchem Recht im Zweifel auch die Befugniß, ſich einen Subſtituten aufzuſtellen[238]); dieſe Regel gilt gegenwärtig auch für den Proceßbevollmächtigten.[239])

---

[236]) arg. l. 4 § 6 D. de off. proc. 1, 16.

[237]) c. 6. de proc. in VI° Eine Ausnahme beſtand nach claſſiſchem Recht für Proceßprocuratoren, vermöge des dominium litis l. 33 D. de proc. Auch dieſe Ausnahme wurde durch die gemeinrechtliche Praxis beſeitigt, Glück V. 262 flg., durch die R. C. P. O. § 80 jedoch wieder hergeſtellt. Nach öſterreichiſchem Recht iſt hier § 1011 a. b. G. B. maßgebend Es iſt die Mitwirkung aller zur Giltigkeit des Geſchafts und Verpflichtung des Machtgebers nothwendig. Hienach ſcheint aber allerdings ein blos lucratives Geſchaft auch von einem der Machthaber allein vorgenommen werden zu können. Im Proceß kommt nach öſterreichiſchem Recht bei Collectivvollmachtigung vor allem das Hfd vom 23. Auguſt 1799, Nr 474 J. G. S. zur Anwendung, wonach jedenfalls ein Vertreter zur Zuſtellung bevollmächtigt werden muß; wo dies nicht geſchehen iſt, dürfte die Zuſtellung wohl an jeden der Collectivbevollmächtigten giltig erfolgen. Im Uebrigen haben dieſelben jedenfalls gemeinſchaftliche Satzſchriften zu erſtatten und ware eine von einem allein überreichte Schrift nicht anzunehmen, weil die Streitenlaſſung auch verpflichtend wirkt (dies iſt alſo hier anders als bei Streitgenoſſen, Rippel Erläuterungen zur a. G. O. ad § 386 n. 5). Haben die verſchiedenen Vertreter in den Schriften nicht gemeinſchaftliche, ſondern widerſtreitende Aeußerungen gethan, ſo ſind verpflichtende Aeußerungen überhaupt als nicht geſchehen zu erachten; von ſonſtigen Aeußerungen würde dem Vollmachtgeber wohl immer die günſtigſte zuzurechnen ſein, etwa wie beim Nebenintervenienten (vgl. Menger, die Lehre von den Streitparteien in Grünhut's Zeitſchr. VII. S. 698). — Ueber die Collectivprocura nach H. R. vgl. Art. 41 a. 3, Art. 44 a. 2 H. G. B.

[238]) l. 8 § 3 D mand. 17, 1; anders nach öſterr. Recht. § 1010 a. b. G. B.

[239]) Nach § 77 R. C. P. O., während früher der Proceßprocurator nach l. 8 § 3 D. mand 17, 1 nicht ſubſtitutionsberechtigt war. In Oeſterreich iſt der

Die Substitutionsbefugniß ist aber ausgeschlossen, wenn der Machtgeber dieselbe dem Machthaber ausdrücklich oder stillschweigend benommen hatte, und letzteres ist insbesondere anzunehmen in schwierigen, besondere Sachkenntniß und besonderes Vertrauen erfordernden Angelegenheiten.[240]) Insbesondere ist daher bei Organen von Corporationen, sowie bei gesetzlichen Vertretern eine ständige Substitution unzulässig.[241])

Es ist aber wohl zu bemerken, daß die Substitution ein eigenes Geschäft des Bevollmächtigten ist. Derselbe erscheint also hier selbst als Vollmachtgeber, nicht der Principal, nur wirkt die von ihm ertheilte Vollmacht für den Principal. Darum kann der Stellvertreter die Vollmacht seines Substituten jederzeit widerrufen, ohne daß hiezu Einwilligung des Principals nothwendig wäre.[242])

VI. Nicht sowohl eine Frage der Vollmacht als eine Frage des internen Verhältnisses zwischen Principal und Stellvertreter ist endlich die, inwieweit der Stellvertreter mit sich selbst ein Rechtsgeschäft schließen kann.

Daß eine innere und absolute Unmöglichkeit einem derartigen Rechtsgeschäft nicht entgegensteht, ist neuerdings besonders betont worden von Römer.[243]) Das Bedenken, das hiergegen geltend gemacht werden könnte, ist nämlich das, daß Niemand gegen sich selbst Rechte und Pflichten haben könne. Aber gerade dies ist bei directer Stellvertretung nicht der Fall, da die bezüglichen Rechte und Pflichten gegen den Stellvertreter nicht in dessen Person, sondern sofort in der Person des von ihm Vertretenen entstehen.[244]) Mit Recht sagt Römer: „Daß ein und derselbe Wille,

Advocat gesetzlich substitutionsberechtigt, § 14 Adv. O. vgl. § 416 allg. (§ 548 w. g.) G. O.

[240]) arg. l 31 § 2 D. de sol 46, 3. l. un. C. de cad. toll. 6, 50. Aus diesem Grunde ist auch das Amt eines Sequesters nicht übertragbar. So richtig O. G. H. Nr 5826, unrichtig Nr 5402.

[241]) Ja, bei Beschlußfassungen für die Gesellschaft ist sogar eine einmalige Substitution für ausgeschlossen zu halten, vergl. Renaud Actiengesellschaften S. 486.

[242]) Ganz unrichtig ist daher die entgegengesetzte Ansicht Lauterbach's, de proc. subst. c VI. 4, welcher folgendermaßen unterscheidet: „quoad substituentem distinguendum est an substituerit ex domini concessione an ex potestate legis. Illo casu licet res adhuc sit integra substitutionem tamen revocare nequit. c. 3 de proc. in VI°, nisi haec ipsa revocandi potestas ipsi specialiter a domino fuerit concessa ....., posteriori casu ... re adhuc integra revocare potest substitutionem.

[243]) in Goldschmidt's Zeitschr f Hand. R. XIX. S. 67 flg.

[244]) Anders steht es bei den nothwendigen Stellvertretern des römischen Rechts. Denn da diese das Geschäft selbst abschließen, also wenigstens gedanken-

der des Vertreters, dieſe Wirkungen hervorbringe, iſt kein Hinderniß ihrer Giltigkeit, weil ja eben dieſer Wille hier nichts innerlich Widerſprechendes und nicht objectiv Unmögliches, ſondern etwas innerlich Vereinbares und objectiv Mögliches will, eine andere Schranke aber, als die im Weſen des Willens liegende, dem Willen nicht entgegengeſetzt, die Grenze des Willens nur eine pſychologiſche iſt."

Es läßt ſich alſo ſehr gut vorſtellen, daß der Stellvertreter durch ſeinen Willen den Vertretenen an ſich und ſich an den Vertretenen feſſelt, gerade ſo gut, als er dies beides gegenüber dritten Perſonen thun könnte. Wohl aber ſtellen ſich einer ſolchen Art des Contrahirens unter Umſtänden Bedenken anderer Art entgegen.

Dieſe können darin gelegen ſein, daß möglicherweiſe die Intereſſen des Vertreters und des Vertretenen einander widerſtreiten. In einem ſolchen Fall kann es für den Vertreter ſchwer, ja ſogar unmöglich ſein [245]), die widerſtreitenden Intereſſen gegen einander mit voller Gerechtigkeit zu wahren. Liegt dies vor, dann kann es dem Stellvertreter kraft ſeiner internen Beziehungen zum Principal verboten ſein, ſich ſelbſt zum Contrahenten des Principals zu machen; er darf ſich auf ein derartiges Geſchäft nicht berufen, und macht ſich durch dasſelbe dem Principal verantwortlich.

Wann hienach dem Stellvertreter der an ſich gewiß mögliche Abſchluß des Rechtsgeſchäftes mit ſich ſelbſt verboten, wann er ihm erlaubt iſt, das iſt eine Frage, die nach dem Geſagten nicht mehr in die Lehre von der Stellvertretung gehört, ſondern bei der Darſtellung des Rechtsverhältniſſes zwiſchen Principal und Vertreter, (Mandat, Negotiorum Geſtio, Societät, Commiſſion, Vormundſchaft u. ſ. f.) zu erörtern iſt. [246])

mäßig das Recht aus dem Geſchaft erwerben, ſo können ſie mit ſich ſelbſt nicht contrahiren, weil Niemand gegen ſich ſelbſt Rechte haben kann, l 2 D. de stip. serv 45, 3. Dem widerſpricht es nicht, daß ſie bezüglich der dem Dominus zu verſchaffenden Rechte nicht erwerbsfahig zu ſein brauchen (l. 130 D. de V. O.), denn es iſt nicht dasſelbe, ob Jemandem ein Recht auch in abstracto nicht zuſtehend gedacht werden kann (wie ein Recht gegen ſich ſelbſt) oder ob er es blos in concreto wegen mangelnden Commerciums nicht erwerben kann, im erſteren Fall iſt eben für den Dominus gar kein Gegenſtand des Erwerbs vorhanden, in letzterem Fall wohl.

[245]) Vgl. Grünhut Recht des Commiſſionshandels S. 452 flg.

[246]) Uebrigens beſtehen in dieſer Richtung mehrfache Specialbeſtimmungen. So beſteht gemäß l. 34 § 7 D. de C. E. 18, 1, l. 5 § 2—5 D. de auct. et cons. 26, 8. l. 46 D. de C. E. für Vormünder das poſitive Verbot, Mündelgüter zu kaufen. Dieſes Verbot iſt in l. 34 § 7 D. de C. E. auf alle Diejenigen ausgedehnt

§ 24.

Erlöſchen der Vollmacht.

Die ertheilte Vollmacht erliſcht

1. Durch den Tod des Bevollmächtigten oder des Machtgebers,

2. durch Widerruf, welcher dem Machtgeber regelmäßig freiſteht und unter gewiſſen Umſtänden, auch wenn er nicht ausdrücklich erfolgt iſt, zu präſumiren iſt.[217])

Hiezu iſt aber Folgendes zu bemerken:

I. Das Erlöſchen der Vollmacht kann bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften inter vivos dritten Perſonen, welche die Vollmacht im guten Glauben als fortbeſtehend annahmen, nicht entgegengeſetzt werden. Dies gilt insbeſondere beim Erlöſchen durch Tod des Machtgebers. Dieſer Satz iſt zwar dem claſſiſchen römiſchen Recht noch nicht bekannt[218]); das claſſiſche

qui negotia aliena gerunt, alſo auf alle Bevollmächtigten (nicht blos diejenigen, welche fremdes Vermögen „kraft Amtes" verwalten, wie Windſcheid Pand II. § 388 annimmt) und wird wohl mit Recht auch auf Tauſch und datio in solutum ausgedehnt. Doch iſt für Vormünder der Kauf von Mündelgut poſitiv erlaubt, dafern er palam und bona fide erfolgt (l. 5 § 4 D. de auct. et cons. l. 5 C. de C. E. 4, 38, cf l. 2 §§ 8, 9 D. p. emt 41, 4), eine Ausnahme, die auf die übrigen qui negotia aliena gerunt nicht auszudehnen iſt.

[217]) Dies wird insbeſondere der Fall ſein beim Concurs des Bevollmächtigten, namentlich, wenn die Vollmacht auf Zahlungsempfang lautet, da hier das vom Cridar eingenommene Geld durch Vermiſchung mit jenem des Cridars in die Concursmaſſe fallen würde. Vgl. l 38 pr D de sol. 46, 3. Das öſterr. a. b. G. B. erblickt im Concurs einen allgemeinen Erlöſchungsgrund der Vollmacht: § 1024.

[218]) Ueber dieſe Frage herrſcht viel Unklarheit. Schon unter den älteren Praktikern findet ſich die Meinung, daß dem gutgläubigen Dritten gegenüber die Vollmacht aufrecht erhalten werde; vgl. Leyſer med. ad Tit. D. mand. c. IV. Struk ad T XVII. 1 § 3; weitere Citate bei Glück XV ferner Holzſchuher Theor. u. Caſ III. S. 563 flg. Dies iſt in den Quellen gar nicht begründet, wurde auch von jeher beſtritten, insbeſonders von Glück a. a. O., und Caſaregis disc. l. 33. Oft geſtand man dem Dritten ein Klagrecht inſofern zu, um denſelben vor Schaden zu bewahren; oder man unterſchied, ob das nach dem Tode des Principals vorgenommene Geſchäft ein völlig neues oder nur die Abwicklung eines bereits bei deſſen Lebzeiten begonnenen war; im letzteren Fall nahm man Fortdauer der Vollmacht an (ſo z. B. die bei Caſaregis a. a. O. cit. Autoren). Für letztere Meinung berief man ſich beſonders auf die mißverſtandene l. 33 D. de a. v. a. p. 41, 2. Dieſe Stelle wird auch heutzutage noch nicht richtig aufgefaßt. Der Wortlaut iſt: Fundi venditor etiam si mandaverit alicui, ut emtorem in vacuam possessionem inducere, priusquam id fieret, non recte emtor per se in possessionem veniet. Item si amicus venditoris mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus id fecerit, recte possessio tradita erit. Sed si

Recht kennt eine Aufrechthaltung der erloſchenen Vollmacht zu Gunſten des gutgläubigen Tertius nur bei der uneigentlichen Stellvertretung im Anwendungsgebiet der adjecticiſchen Klagen[349]); bei der directen Stellvertretung, die allerdings faſt nur in Veräußerung und Erwerb von Sachen zuläſſig war, konnte ſich auch der gutgläubige Dritte auf die erloſchene Vollmacht nicht berufen.[350]) Für das heutige Recht muß aber folgendermaßen argumentirt werden: Bei Eingehung von Obligationen iſt die directe Stellvertretung an die Stelle der adjecticiſchen Klagen getreten; daher ſind die dort geltenden Rechtsſätze im Zweifel auf die directe Stellvertretung anzuwenden, daher insbeſondere der Satz, daß der gutgläubige Dritte ſich auf die Vollmacht berufen kann. Es bleibt demnach nur die Frage über, ob nun dieſer Satz auch auf jene Fälle anzuwenden iſt, wo die Quellen ihn geradezu ausſchließen, nämlich auf die Stellvertretung bei Veräußerung von Sachen. Es muß aber auch dies behauptet werden, da der Vollmachtspunkt in der dinglichen Veräußerung jedenfalls nicht anders behandelt werden kann, als in der Eingehung von

id fecerit, cum sciret dominum mortuum aut cum sciret, heredes id facere nolle, contra erit. Uns intereſſiren hieran die Worte recte possessio tradita erit. Indem hier zwar Beſitzes- aber nicht Eigenthumsübergang angenommen wird, findet Regelsberger (Vorvertr. S. 110) hierin eine auffallende Halbheit. Auch Windſcheid Pand. II § 307, Not. 9 nennt die Entſcheidung „unbeſtimmt". Beides iſt unrichtig. Die Entſcheidung bezieht ſich auf die exc. rei vend. et trad. Hier ſtellt l. 1 § 5 D de exc. r. v. et t. 21, 3 den Grundſatz auf: Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem. Nach dieſem Grundſatz iſt auch im Fall der l. 33 cit dem Empfänger die Exceptio zuzugeſtehen, und nur dies wollen die Worte recte — tradita erit ſagen. So aufgefaßt iſt die Entſcheidung weder unbeſtimmt, noch eine Halbheit. Um aber auf den im Obigen berührten dissensus doctorum zurückzukommen, iſt zu bemerken, daß von den diſſentirenden Meinungen keine in den Quellen begründet iſt, wie ſich aus dem im Text ſofort Folgenden ergibt.

[349]) l. 5 § 17, l. 17 § 3 D. de inst. a°, über dieſe Stellen vgl. oben Not. 48.

[350]) l. 2 § 6 D. de don. 39, 5, l. 41 D de R. C. 12, 1. Eine ſpecielle — aber als ſolche auch ſtets betonte (l. 41 D de R. C. 12, 1) — Ausnahme beſteht nur für Zahlungsempfang l. 12 § 2, l. 34 § 3, l. 28 § 1 De de sol. 46. 3, l. 41 D. de R. C. 12, 1. Uebrigens war im claſſiſchen Recht der beſprochene Rechtsſatz ganz ungefährlich. Denn da der Mandatar den Dritten perſönlich haftete, war für ſie die Vollmachtsfrage ganz gleichgültig. Hatte aber der Mandatar nach dem Tode des Mandanten Dritten gegenüber bona fide Verpflichtungen eingegangen, ſo konnte er die Erben dazu zwingen, ihm die Erfüllung derſelben zu ermöglichen (l. 26 § 1 D. mand 17, 1). Hiemit kam man praktiſch doch zu dem Reſultate, daß das Erloſchen des Auftrags dem gutglaubigen Mandatar und Dritten nicht ſchadete.

Obligationen.[251]) Andernfalls wäre möglicherweiſe eine durch Stellvertreter eingegangene Obligation auf Veräußerung für die Erben bindend, die Veräußerung aber nicht. Daß man mit dieſer Annahme in directen Widerſpruch zu den Quellen tritt, iſt nicht maßgebend, da dies eben eine Folge einer vor ſich gegangenen weiteren Rechtsentwicklung iſt.

II. Kann die Widerruflichkeit der Vollmacht durch Parteiwillen ausgeſchloſſen werden? Dieſe Frage wurde angeregt durch Ihering, welcher[252]) für jene Vollmachten, die nicht lediglich im Intereſſe des Vertretenen, ſondern gleichzeitig auch im Intereſſe des Vertreters ertheilt worden ſind, Unwiderruflichkeit behauptet, und zwar nicht blos im Verhältniß zum Bevollmächtigten, ſondern auch gegenüber dritten Perſonen. So ſagt Ihering: „In dem mandatum in rem suam liegt die Ausſchließung jener Mandats- oder Vollmachtsconſequenzen (nämlich Erlöſchung durch Widerruf); der X (Vollmachtgeber) darf nicht blos, ſondern er kann ſeine Ermächtigung, wenn er ſich nicht den Widerruf vorbehalten, nicht zurücknehmen.“ Da der hiemit angedeutete Begriff einer, im Gegenſatz

[251]) So kommt man zu dem Satz: Das Erlöſchen der Vollmacht kann gutgläubigen Dritten bei Eingehung von Obligationen und Veräußerung von Sachen, d. i. alſo bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften inter vivos niemals entgegengeſetzt werden. Oft ſucht man dieſen Satz geradezu als einen gewohnheitsrechtlichen zu behaupten, ſo die Entſcheidungsgründe des R O H. G XIII Nr 67 S. 193, vgl. auch ebenda IV S. 294, 301, X S 374—378, I S. 150, Seuff Arch. XIX. 230. In dieſer Weiſe kann aber der Satz ſchon wegen des oben bezeichneten Diſſenſes der Schriftſteller nicht begründet werden Die richtige Ableitung iſt die im Texte gegebene. Die Darſtellungen von Mommſen (Haftung des Contrahenten S. 120) und Hellmann (S. 150) gehen auf die Schwierigkeit bezüglich der dinglichen Veräußerungen nicht ein. Geſetzlich iſt unſer Satz ausgeſprochen für das Handelsrecht (Art. 297 H. G. B., vgl. Thöl H. R. § 68) und in § 1026 öſterr. a. b. G. B. Bei anderen als zweiſeitigen Rechtsgeſchäften inter vivos gilt derſelbe aber nicht; alſo nicht z. B. bei Dereliction, auch nicht bei Antretung von Erbſchaften (l 25 § 14 D. de A. v O II 29, 2)

Gilt der Satz auch hinſichtlich des Nuntius? Auch dies muß behauptet werden, weil derſelbe Stellvertreter iſt; auch ſpricht die gleiche Rückſicht auf das Verkehrsintereſſe dafür Allerdings iſt richtig, daß man z. B. beim Brief nicht den Rechtsſatz aufſtellt, daß der in demſelben enthaltene Antrag durch Tod nicht untergehe, der Nuntius iſt aber eben juriſtiſch nicht zu behandeln, wie ein Brief, ſondern wie das, was er iſt, nämlich wie ein Stellvertreter Auch wird Niemand verkennen, daß ein derartiger Rechtsſatz auch beim Brief wünſchenswerth iſt, wie er ja theilweiſe ſchon geſetzlich Eingang gefunden hat (Art 300 H. G. B.); durchſchlagend iſt aber für den Nuntius, daß derſelbe eben kein Brief iſt, ſondern ein wahrer Stellvertreter, wenn auch mit ſehr beſchränkter Vollmacht.

[252]) Jahrb. f. Dogm. II. S. 131

zur Vollmacht unwiderruflichen Ermächtigung weiteres Intereſſe gefunden zu haben ſcheint, mögen über denſelben einige Bemerkungen Platz finden.[353])

Die Unwiderruflichkeit der „Ermächtigung“ wird noch nicht, wie Ihering anzunehmen ſcheint, bewieſen dadurch, daß bei gewiſſen Rechtsinſtituten — mandatum in rem suam zur Ceſſion, zur Eincaſſirung von indoſſablen Papieren u. a.[354]) — die Unwiderruflichkeit anerkannt worden iſt; denn dies könnte eine ſpecielle, nicht weiter auszudehnende Vorſchrift, eine eigenthümliche Rechtsentwicklung ſein. Die Argumentation aus der Exiſtenz dieſer Rechtsinſtitute, welche das Fundament der Ihering'ſchen Behauptungen iſt, kann alſo nicht als durchſchlagend erkannt werden.

Unſeres Erachtens ſteht vielmehr die Sache ſo.

Vorerſt in Bezug auf Verträge.

Nach unſerer Conſtruction der Stellvertretung iſt die Vollmacht zu einem Vertrage nichts, als der, in concreto allerdings möglicherweiſe ganz inhaltloſe, Wille des Principals, den Vertrag zu ſchließen. Steht nun eine Geſetzgebung auf dem Standpunkte, daß der Vertrag nur durch die, in einem und demſelben Momente zuſammentreffenden Parteiwillen erzeugt werden kann, ſo folgt daraus ſofort, daß die Vollmacht ihrer Natur nach widerruflich iſt; denn wenn ſie vor dem Abſchluß des Vertrags widerrufen wird, iſt im Momente, wo der Dritte conſentirt, ein Wille des Principals nicht vorhanden. Dann kann aber auch die dem Bevollmächtigten gegenüber beſtehende Verpflichtung, durch Ertheilung der Vollmacht zu dem Vertrag zu conſentiren, den Conſens nicht erſetzen. Denn ſo wenig als die Verpflichtung zur Ceſſion oder Tradition die Ceſſion oder Tradition ſelbſt iſt, ſo wenig iſt die Verpflichtung, zu gewiſſen Verträgen die Vollmacht zu geben, die Vollmacht ſelbſt.

[353]) In der Literatur wird allerdings Unwiderruflichkeit der Ermächtigung, im Verhältniß zu Dritten ſo viel zu ſehen iſt, nicht anerkannt vgl Windſcheid Pand. I. § 74, auch § 19, Anm. 4. Ausdrücklich dagegen Dernburg Preuß. Pr. Rt. I. S. 240. Ermachtigung zur Ausfullung eines Blancoaccepts: vgl. R. O. H. G. Entſch. VI. 47, VII. 22, IX. 264, XIII. 298, XIV. S. 50; Entſch. d. Preuß. Ob.-Trib. XXXV. S. 545, LIII. S. 205, LVIII. S. 335. Auch Labenburg (in Zeitſchr. für H. R. XI. S. 98) erkennt die Unwiderruflichkeit der vertragsmäßigen Vollmacht nur „gegenüber dem Bevollmachtigten“ an.

[354]) Insbeſonders gehört hieher auch die Vollmacht des offenen Handelsgeſellſchafters; dieſe iſt nichts, als eine (bei nicht ausdrücklich erfolgter Entziehung der Vertretungsberechtigung) für die vertragsmäßige Dauer des Geſellſchaftsverhältniſſes beſtehende unwiderrufliche Ermächtigung.

Digitized by Google

Der bezeichnete Standpunkt war nun unzweifelhaft derjenige des römiſchen Rechts vor der Reichscivilproceßordnung, er iſt noch gegenwärtig derjenige des öſterreichiſchen Rechts; von dieſem Standpunkt aus muß entſchieden eine durch Parteiwillen nicht auszuſchließende Widerruflichkeit der Vollmacht (zu Verträgen) behauptet werden.[253]) [254])

So viel vom rein theoretiſchen Standpunkt. Praktiſch wird aber freilich für das heutige gemeine Recht gerade das entgegengeſetzte Reſultat herbeigeführt durch

[253]) Ein intereſſantes Beiſpiel der Ermächtigung gibt der beim öſterreichiſchen O. G. H. Nr 5276, allerdings in anderer Richtung, verhandelte Rechtsfall. A führte als Leiter die Theaterunternehmung X im eigenen, ferner im Namen des B, C und D, welche ſeine Geſellſchafter waren, und zwar war ihm die Leitung durch einen ſchriftlichen, als „Vollmacht" bezeichneten Vertrag übertragen worden. Eines Tages kündigten ihm die anderen Geſellſchafter die Vollmacht, öffneten gewaltſam die Localitäten, forderten die Schauſpieler auf, ſich ſeinen Anordnungen nicht mehr zu fügen und nahmen auch die Caſſe an ſich. Nun belangte A dieſelben mit der Beſitzſtörungsklage, indem er ſich darauf berief, daß die Vollmacht unwiderruflich geweſen war, ihm alſo ein vertragsmäßiges Recht auf die Leitung zuſtand. Dieſer Klage wurde oberſtrichterlich gemäß § 313 a. b. G. B. ſtattgegeben und dieſe Entſcheidung mag im Verhältniſſe der Geſellſchafter *untereinander* zu billigen ſein. Gewiß iſt aber, daß, wenn A nach jenem Vorfall für die Geſellſchaft Verträge geſchloſſen hätte, dieſelben für B, C und D nicht bindend geweſen wären, weil es eben nach öſterreichiſchem Recht unwiderrufliche Vollmachten nicht gibt.

[254]) Ein hiehergehöriger Fall wird bereits in den römiſchen Quellen erwähnt, aber allerdings nur zur Hälfte entſchieden. Es iſt dies

l. 36 D. de pac. 2, 14 (Paul lib. 5. epist.).

Si cum fundum meum possides, convenisset mihi tecum, ut eius possessionem Attio traderes, vindicantem eum fundum a te non aliter me conventionis exceptione excludi debere, quam si aut iam tradidisses *aut si tua causa id inter nos convenisset et per te non staret quominus traderes.*

Der Schlußſatz dieſer Stelle behandelt einen Fall der Ermächtigung zur Veräußerung einer Sache. Entſchieden iſt, daß der Ermächtigte im Beſitz der Sache geſchützt wird; wie wirkt aber die trotz des Widerrufs erfolgte Veräußerung? Eigenthum überträgt ſie gewiß nicht l. 6 D. de don. 39, 5, vgl *Wendſcheid* Pand. I. § 19, Not. 4. Doch wird die dem Bevollmächtigten gegenüber dem Eigenthümer hier zugeſtandene Exceptio auch den Empfangern zuzugeſtehen ſein, wenigſtens ſo weit jener ihnen regreßpflichtig iſt arg. l 23 pr. D de pac. 2. 14; ferner iſt ihnen auch die Publiciana zu geſtatten, und zwar ſelbſt gegen den Eigenthümer, deſſen exc. dominii ſie mit replicatio doli zurückſchlagen, arg l. 28 D de nox. a. 9, 4, endlich können ſie auch uſucapiren, quamvis scientes alienum possideant arg. l 28 D. cit. Hiemit iſt allerdings praktiſch ein erträgliches Reſultat hergeſtellt. Doch bleibt die Unebenheit übrig, daß der Eigenthümer gegen jeden Vierten, der nicht vom Ermachtigten oder deſſen Empfängern empfangen hat, noch die rei vindicatio anſtellen kann.

§ 779 R. C. P. O.

„Iſt der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, ſo gilt die Erklärung als abgegeben, ſobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat."

Hiemit iſt ausgeſprochen, daß das richterliche Urtheil den geſchuldeten Willen ſuppliren kann. Da nun Derjenige, der eine Vollmacht vertragsmäßig unwiderruflich ausſtellt, ſich hiemit verpflichtet, den auf Grund derſelben vorzunehmenden Handlungen zuzuſtimmen, kann der Bevollmächtigte ihn, wenn er die Vollmacht widerruft, auf Reſtitution derſelben, oder, wenn das bezügliche Rechtsgeſchäft ſchon vorgenommen iſt, auf Ratihabition dieſes Geſchäftes klagen und wird dieſes richterliche Urtheil die Vollmacht oder Ratihabition erſetzen. Hiemit ſind aber praktiſch die Wirkungen der Unwiderruflichkeit hergeſtellt.[257]) Der Widerruf der Vollmacht wirkt zwar noch ipso iure, aber der Machtgeber kann auf Ausſtellung neuer Vollmacht, reſp. Ratihabition belangt werden.[258]) Der Unterſchied von wahrer Unwiderruflichkeit der Vollmacht liegt nur noch darin, daß dritte Perſonen nicht berechtigt ſind, die Zuſtimmung des Principals zu der bezüglichen Handlung zu erzwingen —, dies iſt vielmehr ein eigenthümliches Recht des Bevollmächtigten; wäre die Vollmacht wahrhaft unwiderruflich, ſo könnten auch dritte Perſonen ſelbſtändig ſich auf dieſelbe berufen.

Das hier für Verträge Geſagte gilt in ganz gleicher Weiſe auch bezüglich einſeitiger Rechtshandlungen.

---

[257]) Daher konnte im Fall der vorigen Note der Ermächtigte auf Genehmigung ſeiner Verfügung über die Sache klagen. Eine ähnliche Wirkſamkeit des § 779 R. C. P. O., wie im Text, wird mit Recht angenommen bei Windſcheid Pand. II. § 310, Not. 2 m Bezug auf Vorverträge.

[258]) Nicht zu billigen iſt es, wenn Bernburg Preuß. Pr. Rt. I. S. 249 den Satz aufſtellt: „Endlich iſt die Bevollmächtigung jederzeit widerruflich, und zwar ſo, daß ſich der Vollmachtgeber des Widerrufsrechts auch nicht giltigerweiſe durch Vertrag begeben kann, da er durch einen ſolchen Verzicht an die Stelle eines ihm dienſtbaren Gehilfen einen Herrn ſetzen würde, von dem er ſeinerſeits abhangig wäre." Warum muß denn der Bevollmächtigte ein „dienſtbarer Gehilfe" ſein? Richtig iſt hieran nur ſoviel, daß, ſofern in der Ermächtigung ein Vertrag liegt, welcher geſetzlichen Beſchränkungen unterworfen iſt, die Wirkung der Ermächtigung mit dieſer Maßgabe einzuſchränken iſt.

B) Die Ratihabition und die ſtellvertretende Negotiorum Geſtio.

§ 25.

Die juriſtiſche Natur der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio.

Das Weſen der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio kann nicht verſtanden werden, ohne eine richtige Auffaſſung des ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfts überhaupt und darum iſt der paſſende Ort, dieſes Rechtsinſtitut darzuſtellen, im Zuſammenhange der Lehre von der Stellvertretung überhaupt gelegen.

Die gebräuchlichen Theorien über Stellvertretung kommen auch in ihrer Auffaſſung über das Weſen der ſtellvertretenden Geſtio zu ungenügenden Reſultaten.

Offenbar unhaltbar iſt in dieſer Frage vor Allem die Stellung der Theorie Savigny's. Denn es iſt klar, daß eine Lehre, welche jede Handlung des Stellvertreters für etwas völlig Unjuriſtiſches, an ſich Wirkungsloſes erklärt, welche dieſer Handlung jeden inneren juriſtiſchen Willensgehalt abſpricht, nie und nimmer ſich mit der, doch gewiß nicht zu leugnenden Thatſache vertragen kann, daß das Rechtsgeſchäft des Negotiorum Geſtor auch vor der Ratihabition die Rechtswirkung der mittlerweiligen Gebundenheit von Perſonen und Sachen herbeiführt. Dieſe Rechtswirkung iſt vielmehr ein ſo eclatanter juriſtiſcher Erfolg des Stellvertreters, daß ſie nur aus einer wahrhaft juriſtiſchen, von rechtlicher Willensthätigkeit getragenen Handlung des Stellvertreters abgeleitet werden kann; andernfalls käme man dazu, in dieſem Falle eine Wirkung ohne Urſache zu ſtatuiren.[288])

Hellmann beruft ſich zwar für die Möglichkeit dieſer von ihm neuerdings vertretenen Auffaſſung auf die, gewiß unbeſtreitbare[289]) Thatſache, daß ja ein Unbevollmächtigter auch als Bote auftreten könne, in welchem Falle doch, da der Bote der herrſchenden Lehre als principiell willensloſe Perſon erſcheint, die mittlerweilige Gebundenheit durch einen

[288]) Die Theorie Savigny's führt denn auch in dieſer Materie conſequent durchgeführt, zu ganz verfehlten Reſultaten, z. B. dazu, daß der dritte Contrahent bis zur Ratihabition gar nicht gebunden iſt, ſondern lediglich als Offerent behandelt werden kann (ſ. Hellmann S. 124, 128), was heutzutage wohl allgemein mißbilligt wird (vgl. unten Not. 293).

[289]) Nur irrig wurde auch dies von alten Juriſten in Zweifel gezogen; vgl Not. 136, 141.

Willenslosen herbeigeführt werde. Dieses Argument ist aber auch nur für die verfehlte Auffassung der Repräsentationstheorie, die, wenn der Vertreter als Bote aufgetreten ist, jeden, auch den wirklich vorhandenen Willen hinwegfingirt, ein wahrer Einwand und als solcher allerdings geeignet, die Mangelhaftigkeit dieser Lehre deutlich zu illustriren. Die hier vertretene Auffassung aber erblickt eben auch im Boten einen wahren Stellvertreter; ihr ist der Negotiorum Gestor, der sich als Bote verkappt, deswegen nicht weniger ein selbstwollender [261]), und so wie wir auch allen Willensmängeln des unbeauftragten Boten gebührende Rechnung tragen würden, so erkennen wir auch an, daß er trotz seiner scheinbaren Willenlosigkeit doch den vollständigen rechtsgeschäftlichen Entschluß gefaßt hat, der die vorläufige Gebundenheit zu begründen vermag.

Die Theorie Savigny's aber, die dem Stellvertreter jeden Willen abspricht, vermag diese interimistischen Rechtswirkungen nicht zu erklären.

Aber auch die Repräsentationstheorie ist nicht im Stande, sämmtliche bei der Ratihabition auftretenden Erscheinungen genügend klarzustellen. Sie führt die bis zum Eintritt der Ratihabition bestehende Situation auf das angeblich bereits perfecte Rechtsgeschäft des Stellvertreters zurück, indem ja nach ihrer Ansicht der Stellvertreter das ganze Rechtsgeschäft abschließt, so daß die Ratihabition nur ein äußerlicher ex post hinzutretender Act des Vertretenen sein soll. Hiemit scheint nun allerdings ein Erklärungsgrund dafür gegeben zu sein, daß die Handlung des Stellvertreters befähigt ist, auch vor der Ratihabition für dritte Personen verpflichtend zu wirken; dafür aber bringt diese Auffassung, wie wir bereits oben § 12 constatirt haben, zwei anderweitige Inconvenienzen unvermeidlich mit sich.

Die erste derselben liegt darin, daß hiemit einem Rechtsgeschäft der Stempel der Perfection aufgedrückt wird, welches nicht blos mit allen seinen Wirkungen noch in pendenti ist — dies könnte, wie wir bereits früher bemerkten, noch hingehen — sondern welches sogar noch des nothwendigen Parteiwillens in wichtigen Punkten ermangelt. Es fehlt nämlich beim ratihabitionsbedürftigen Rechtsgeschäft noch der Wille des zu berechtigenden oder zu verpflichtenden Principals, dasselbe ist demnach kein ganzes, sondern nur ein halbes Rechtsgeschäft, bei welchem von Perfection durchaus noch nicht die Rede sein kann.

[261]) In unser obiges Schema eingetheilt (oben S. 127) gehört der Negotiorum Gestor, der als Bote auftritt, zum dritten Typus: Der Vertreter hat den bedingten, der Vertretene bei der Ratihabition den unbedingten Geschäftswillen, ersterer gerirt sich aber als Bote

Und mit dieſem Umſtand hängt, wie wir weiters feſtgeſtellt haben, noch eine zweite, praktiſche Schwierigkeit zuſammen.

Iſt das vom Negotiorum Geſtor vorgenommene Rechtsgeſchäft bereits ein perfectes, vollkommen in ſich abgeſchloſſenes, dann kann ja die Frage, inwieweit dieſes Rechtsgeſchäft für den Vertretenen Rechtswirkungen erzeugen ſoll, in jeder Beziehung nur aus der Perſon des Vertreters beurtheilt werden. Es iſt dann abſolut unmöglich, daß vermöge der beſonderen Eigenſchaften des Ratihabitionswillens das ratihabirte Geſchäft Rechtswirkungen erzeuge, welche nicht ſchon aus der Vornahme durch den Geſtor folgen würden. So könnten, wenn Dominus einem vom Geſtor bona fide abgeſchloſſenen Vertrag dolos oder culpos ratihabirt, die Rechtswirkungen des Dolus oder der Culpa aus dem Vertrag gegen den Dominus nie abgeleitet werden; denn der Vertrag ſoll ja perfect ſein; die Ratihabition ſoll ein außer dem Vertrag liegender einſeitiger Rechtsact ſein; ein ſolcher aber könnte niemals eine contractliche Haftung begründen, die nicht ſchon kraft des Vorgehens des Geſtor begründet iſt. Es könnte daher eine Reaction des Vertrags gegen Dolus und Culpa in der Perſon des ratihabirenden Principals nach dieſer Auffaſſung gar nicht eintreten. Ebenſo würde, wenn Dominus einen Kaufvertrag, welchen Geſtor ohne Kenntniß der der gekauften Sache anhaftenden redhibitoriſchen Mängel geſchloſſen hat, in Kenntniß dieſer Mängel ratihabirt, die a.° redhibitoria ipso iure doch begründet ſein; denn die Ratihabition ſoll ja nur die Wirkung haben, die bereits in abstracto feſtſtehenden Folgen des vollſtändig abgeſchloſſenen Geſchäfts dem Vertretenen zuzueignen.

Daß man hiemit zu unrichtigen Reſultaten gelangt, wird kaum bezweifelt werden können. Und es ergibt ſich demnach als Reſultat für die richtige Conſtruction der Genehmigung, daß dieſe Conſtruction es ermögliche, die Mängel und ſonſtigen Qualificationen des concreten Genehmigungswillens in dem genehmigten Rechtsgeſchäft zur Wirkung gelangen zu laſſen.

Dies wird durch die gangbare Conſtruction des Verhältniſſes nicht erreicht; dagegen gelangt man ſofort zur Erfüllung dieſes Poſtulates, wenn man, an der hier ausgeſprochenen Auffaſſung der Stellvertretung feſthaltend, das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters und die Ratihabition nicht als zwei ſelbſtändige und getrennte Rechtsacte, ſondern als zwei innerlich zuſammengehörige Stücke eines und desſelben Rechtsgeſchäfts anſieht.

Dieſe Betrachtung der Sache iſt, wie geſagt, nur eine Conſequenz unſerer Auffaſſung über das Weſen der Stellvertretung überhaupt. Steht

man nämlich auf dem Standpunkt, daß der Wille des Stellvertreters allein noch nicht genügend iſt, ein für den Dominus wirkſames Rechtsgeſchäft zu beſchaffen, und daß andrerſeits der Wille des Dominus, der das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters für ſich acceptiren will, doch auch zur Perfection dieſes Geſchäftes mitwirkt, ſo ergibt ſich als nothwendige Conſequenz, daß der Ratihabitionswille für die Vollendung der Rechtshandlung des Geſtor und ſomit für das ratihabirte Rechtsgeſchäft eine causa efficiens iſt, demnach zur Beurtheilung ſeiner Wirkungen herangezogen werden muß und ſohin als ein untrennbarer und einflußreicher Beſtandtheil dieſes Rechtsgeſchäfts erſcheint.

Mit dieſer Auffaſſung nun treten wir in einen directen Gegenſatz zur herrſchenden Conſtruction der Genehmigung. Dieſer Gegenſatz iſt um ſo bedeutender, als die obwaltende Differenz nicht etwa blos eine Differenz der theoretiſchen Formulirung iſt, ſondern auch eine weitgehende Divergenz der praktiſchen Rechtsſätze über die Ratihabition herbeiführt, weil für dieſe Rechtsſätze, welche einer poſitiven Normirung im römiſchen Recht noch größtentheils entbehren, die Conſtruction des Rechtsverhältniſſes als Angelpunkt erſcheint.

Die Divergenz zwiſchen unſerer Auffaſſung und den Anſchauungen der Repräſentationstheorie über die Conſtruction der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio tritt wohl am ſchärfſten hervor bei Zimmermann, wenn derſelbe [262]), um einen allgemeinen Grundſatz für die Wirkſamkeit der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio vor Eintritt der Genehmigung zu gewinnen, ſich folgendermaßen äußert:

„Zum Theil ergibt ſich die fragliche juriſtiſche Situation eben daraus, daß ein vollendetes principales Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen, die noch ausſtehende Ratihabition aber nicht ein Stück desſelben, ſondern nur Erforderniß ſeiner juriſtiſchen Wirkung iſt. Hiernach iſt nämlich klar, daß die Ratihabition einen ähnlichen acceſſoriſchen Charakter an ſich trägt, wie der Eintritt einer Parteibedingung; .... Hat aber, wie wir ſahen, die Ratihabition denſelben acceſſoriſchen Charakter, wie der Eintritt einer Parteibedingung, verleiht mit anderen Worten auch die Ratihabition einem ſchon vollſtändig abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäft nur die bezielte Wirkung, ſo ſind wir bis auf Weiteres berechtigt, die durch das Geſchäft des Geſtor geſchaffene Situation nach Analogie des bedingten Rechtsgeſchäfts aufzufaſſen, mit anderen Worten

[262]) a. a. O. S. 150 flg.

das Princip aufzuſtellen, daß für den Fall der Ratihabition der Grund zur bezielten rechtlichen Wirkung in der Weiſe gelegt iſt, daß deren Eintritt für jenen Fall unverkümmerbar iſt“ ....

Aus dieſer gewiß eben ſo klaren als entſchiedenen Deduction ergibt ſich mit großer Deutlichkeit ſowohl das Vorhandenſein als die Tragweite der obbezeichneten Verſchiedenheit unſerer Auffaſſung von der Zimmermann's. Derſelbe lehnt ausdrücklich die hier vertretene Anſchauung ab, er nimmt ein vollendetes principales Rechtsgeſchäft in der Perſon des Geſtor an und charakteriſirt die Ratihabition nur als die Entſcheidung über deſſen Wirkſamkeit. Und auf dieſem Wege gelangt er ganz folgerichtig zu einer faſt durchgängigen Gleichſtellung der Stellvertretung ohne Vollmacht mit dem bedingten Rechtsgeſchäft, und zu der Annahme einer durch die Handlung des Geſtor zu Gunſten des Dominus geſchaffenen unverkümmerbaren Situation. Dieſe Annahme iſt für ihn der Grundriß, nach welchem er die Lehre von der vollmachtloſen Stellvertretung, überall den Gedanken einer erworbenen Anwartſchaft des Vertretenen feſthaltend, mit großer Feſtigkeit und mit einer Conſequenz aufgebaut hat, welche dieſer Conſtruction großen Anklang verſchaffen mußte. Je beſtechender aber die innere Einheitlichkeit und juriſtiſche Geſchloſſenheit ſeines Gedankenganges iſt, deſto nothwendiger iſt es, demſelben mit aller Entſchiedenheit entgegenzutreten.

Wir halten vielmehr gegen Zimmermann an der Meinung feſt, daß der Wille des Principals, welcher in das vom Geſtor vorbereitete Rechtsgeſchäft eintritt, ein ſolcher Wille iſt, welcher die in dieſem Geſchäfte intendirten Rechtsfolgen für den Principal erſt definitiv herbeiführt Vor der Genehmigung beſteht ein perfectes Rechtsgeſchäft noch gar nicht; der Ratihabitionswille iſt alſo (neben dem Willen des Geſtor) eine causa efficiens für das Geſchäft. Und da nun, wie wir bereits oben (S. 117) weiter ausgeführt haben, jener Wille, welcher einem Rechtsgeſchäft zu Grunde liegt, immer für die Beurtheilung des Rechtsgeſchäfts als maßgebend betrachtet werden muß, erſcheint es unmöglich, den Ratihabitionswillen dem Geſchäfte als ein exoteriſches Element gegenüberzuſtellen; derſelbe muß vielmehr zur Beurtheilung der Wirkungen deſſelben herangezogen werden.[265])

[265]) In unſer obiges Schema eingetheilt (S. 130) gehört die ſtellvertretende Geſtio zum Typus 3 b der Willenstheilung: Der Stellvertreter will bedingt, der Vertretene unbedingt (intenſive Willenstheilung) Daher iſt der Wille beider zu berückſichtigen.

Dies wird ſich vor Allem darin zeigen, daß die Willensmängel des concreten Ratihabitionswillens im Rechtsgeſchäfte zur Wirkung gelangen werden. Wenn der Principal einen Vertrag ratihabirt, hinſichtlich deſſen er ſich in mala fides, scientia, dolus oder culpa befindet, ſo wird nicht gezweifelt werden können, daß dieſe Qualitäten ſeines Willens ſeinen Vertragsrechten entgegenſtehen, reſpective ihn ſogar aus dem Vertrage verpflichten werden.[284]) Dies iſt die erſte praktiſche Aeußerung der Differenz unſerer Auffaſſungen.

In dieſer unbeſtreitbaren Erſcheinung, welche von Zimmermann überſehen wird, zeigt ſich nun deutlich, daß das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters noch keine perfecte, unabänderliche Situation geſchaffen hat, welche durch die Ratihabition nur eine Beſtätigung ihrer Wirkſamkeit erhielte. Vielmehr kann auch die Wirkung dieſes Rechtsgeſchäfts durch den Ratihabitionswillen des Dominus noch weſentlich beeinflußt werden, worin ſich eben deutlich zeigt, daß die Ratihabition nicht ein außerhalb des bereits vollendeten Geſchäftes ſtehendes Element, ſondern ein integrirender Beſtandtheil des bisher unvollendeten Rechtsgeſchäftes ſein muß

Demnach erſcheint vor Allem unrichtig Zimmermann's Behauptung, daß die Ratihabition einen acceſſoriſchen Charakter beſitze. Vielmehr iſt dieſelbe principaler Beſtandtheil des Rechtsgeſchäftes, gleichwie die Handlung des Geſtor. Und hienach iſt insbeſondere auch die von Zimmermann poſtulirte Gleichſtellung des ratihabitionsbedürftigen mit dem bedingten Rechtsgeſchäft, die Annahme, das ratihabitionsbedürftige Geſchäft begründe eine ebenſo unverkümmerbare Situation, wie das bedingte, auf das Entſchiedenſte zurückweiſen.

Das bedingte Rechtsgeſchäft trägt in ſich bereits den ganzen Parteiwillen. Nur die Wirkung dieſes Willens iſt eine bedingte, dieſe bedingte Wirkung iſt aber von den Parteien bereits gewollt, ſie haben ein erworbenes Recht auf dieſelbe. Da iſt es denn ſehr begreiflich, daß der Eintritt dieſer gewollten Rechtswirkungen den Parteien durch äußere Ereigniſſe nicht mehr verkümmert werden kann; denn ihr auf (bedingten) Rechtserwerb gerichteter Wille liegt ja beiderſeits vor. Ganz anders bei ratihabitions-

[284]) Allerdings bezweifle ich nicht, daß auch Zimmermann dieſen Entſcheidungen beipflichten wird, wie es die Repraſentationstheorie von jeher gethan hat. Aber wie will Zimmermann dies theoretiſch rechtfertigen, nachdem er doch ein perfectes Rechtsgeſchaft annimmt, deſſen Wirkungen ſchon feſtſtehen und nur noch in pendenti ſind? Conſequent müßte eben ſeine Auffaſſung ihn zu der entgegengeſetzten Entſcheidung führen.

bedürftigen Geſchäften. Hier mangelt eben auf Seite des ratihabitionsberechtigten Principals noch der zum Rechtserwerb erforderliche Wille. Auf Seite des Principals iſt der Rechtserwerb noch nicht gewollt. Es fehlt alſo beim ratihabitionsbedürftigen Rechtsgeſchäft — im Gegenſatz zum bedingten — noch am Parteiwillen. Allerdings hat der Stellvertreter für den Principal gewollt; ob aber dieſer Wille ſo geſchützt wird, wie der des Principals ſelbſt, ob man annehmen kann, der Principal, der noch gar keine eines Rechtsſchutzes bedürftigen Erwartungen hegt, werde wegen der Wünſche des Stellvertreters geſchützt und erlange aus deſſen Perſon eine ebenſo unverkümmerbare Anwartſchaft, als wenn er ſelbſt ein bedingtes Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen hätte, das iſt noch eine große und meines Erachtens zu verneinende Frage. Die beiden Fälle liegen eben grundverſchieden; es iſt unrichtig, wenn Zimmermann behauptet, das Rechtsgeſchäft des Negotiorum Geſtor ſei ebenſo ſchutzesberechtigt wie das bedingte Rechtsgeſchäft des Principals, es enthalte einen ebenſo ſtarken Keim des künftigen Rechtes wie dieſes, und es ſcheint mir eine petitio principii zu ſein, wenn dieſelben ohne Weiteres gleichgeſtellt werden. [266])

Ich bin daher der Anſicht, daß die „unverkümmerbare Situation“ zu Gunſten des Dominus ein Truggebilde iſt, und daß wir eine ſolche in keinem größeren Maße werden annehmen können, als die Ausſprüche der Quellen und die Natur der Sache uns mit zwingender Nothwendigkeit zu derſelben führen. Und hierin liegt der zweite praktiſche Unterſchied unſerer Auffaſſung von der hier angefochtenen. Während nämlich nach Zimmermann Tod, Verluſt der Handlungsfähigkeit und der Dispoſitionsbefugniß auf Seite des Principals für das Ratihabitionsrecht vollkommen irrelevante Ereigniſſe ſind, welche die bereits beſtehende Situation nicht im Mindeſten tangiren, wird unſere Auffaſſung dazu führen, in jedem concreten Fall zu unterſuchen, ob nicht das vom Principal zu perficirende Rechtsgeſchäft ein ſolches war, welches eben nur von ihm perſönlich perficirt und erworben werden konnte, in welchem Falle das Recht aus dieſem Geſchäfte durch den Willen ſeiner Rechtsnachfolger nicht erworben werden kann; während bei bedingten Rechtsgeſchäften das, wenn auch bedingte Recht, durch den Handelnden bereits

[266]) Allerdings erkennt Zimmermann in mehreren Punkten Unterſchiede zwiſchen dem bedingten und dem ratihabitionsbedürftigen Rechtsgeſchäft an; ſo S. 153, 234, jedoch was für ihn ausſchlaggebend iſt: die gleiche Schutzbedürftigkeit der durch beide herbeigeführten Situationen, wird von ihm immer feſtgehalten.

erworben ist, und daher in allen Fällen auf seine Rechtsnachfolger transmittirt wird.

§ 26.

Der Act der Ratihabition.

I. Obwohl blos ein unselbständiger Bestandtheil eines, möglicherweise auch zweiseitigen Rechtsgeschäfts, ist die Ratihabition doch, wenn man blos die Art ihrer Vornahme in's Auge faßt, gleichwie die Bevollmächtigung ein einseitiger Act des Ratihabitionsberechtigten. Ihre Einseitigkeit folgt, wie Seuffert[366]) mit Recht bemerkt, daraus, daß weder der Negotiorum Gestor noch der Dritte, den das zu ratihabirende Rechtsgeschäft etwa als Mitcontrahenten oder anderweitig angeht, ihren Eintritt verhindern können. Sie bedarf somit keiner Acceptation von Seite dieser Interessenten, dieselben können sie vielmehr lediglich zur Kenntniß nehmen.[367])

Damit ist aber die weitere Frage noch nicht erledigt, ob solche Kenntnißnahme seitens der Ratihabitionsinteressenten eine wesentliche Voraussetzung giltiger Ratihabition ist oder nicht, m. a. W. ob die Erklärung des Dominus, daß er das auf seinen Namen gestellte Rechtsgeschäft genehm halte, den Betheiligten gegenüber erklärt werden müsse oder ob schon jede deutliche Aeußerung dieses genehmigenden Willensentschlusses, auch wenn sie nicht zur Kenntniß der Interessenten gelangt ist, die Wirkungen der Ratihabition herbeiführe.

Dieser Punkt ist bestritten. Während von Seuffert und Zimmermann[368]) die Ansicht aufgestellt wird, daß jede ernstliche Willenserklärung des Principals ohne Weiteres die vollen Wirkungen der Genehmigung zu erzeugen im Stande sei, wird von anderen Schriftstellern der Satz festgehalten, die Ratihabition müsse dem Negotiorum Gestor gegenüber erklärt werden.[369])

Unseres Erachtens kann keiner dieser beiden Ansichten beigepflichtet werden. Vielmehr muß zur Beantwortung der Frage, in welcher Weise die Genehmigung zu erklären ist, davon ausgegangen werden, daß dieselbe ein Stück des zu dem zu genehmigenden Rechtsgeschäft erforderlichen Parteiwillens ist; in Folge dessen muß sie in jedem einzelnen Falle in

[366]) Ratihabition S. 40.

[367]) Etwa wie die Kündigung von Darlehen, Hypotheken u. s. f.; vergleiche Exner Hyp. Rt. II. S. 247

[368]) S. 159 flg.

[369]) So Köllner Grundzüge der Oblig. Neg. Gest. S. 117, Curtius Arch. f. civ. Prax. Bd. 58 S. 107.

der Weiſe erklärt werden, in welcher der Parteiwille nach Maßgabe der Natur des zu ratihabirenden Rechtsgeſchäftes erklärt werden muß.

Handelt es ſich daher um Ratihabition eines vom Geſtor mit dritten Perſonen geſchloſſenen Vertrages, ſo muß die Ratihabition, um zu Gunſten des dritten Contrahenten definitive und unumſtößliche Rechtswirkungen zu erzeugen, dem dritten Contrahenten gegenüber erklärt werden. Denn auf Vertragserklärungen darf ſich der Contrahent erſt dann berufen, wenn ſie ihm zugegangen ſind. Nicht einmal das wird behauptet werden können, daß die Erklärung an den Geſtor unter allen Umſtänden dem Dritten das Recht gibt, ſich auf dieſe Ratihabition zu berufen; nimmt vielmehr Dominus die Ratihabition hier zurück, ehe der Geſtor ſie dem Tertius mitgetheilt hat, ſo kann Tertius ſich auf dieſelbe nicht mehr berufen. Nur das wird zuzugeben ſein, daß in der Erklärung der Ratihabition an den Geſtor regelmäßig auch die Bevollmächtigung gelegen ſein wird, dem Tertius von der Ratihabition Mittheilung zu machen; hat demnach Geſtor den Tertius vor erfolgtem Widerruf von der Ratihabition verſtändigt, ſo bleibt dieſe trotz des Widerrufs beſtehen. Abgeſehen von dieſem ſpeciellen Fall jedoch muß man feſthalten, daß Geſtor eben nicht Stellvertreter des Tertius, ſondern Stellvertreter des Dominus iſt, daß daher eine an ihn abgegebene Ratihabitionserklärung, ſo lange ſie dem Dritten nicht mitgetheilt iſt, den Dominus nicht bindet.[270])

Umgekehrt freilich läßt ſich nicht behaupten, daß der dritte Contrahent dem Dominus erſt von dem Moment an gebunden ſei, in welchem die Genehmigung ihm ſelbſt zugeht. Dominus kann ſich vielmehr auf die Genehmigung auch ſchon dann berufen, wenn dieſelbe nur dem Geſtor gegenüber oder auch vor dritten Perſonen erklärt worden iſt. Der Grund hiefür liegt darin, daß Tertius, indem er ſich mit dem Geſtor einließ, wußte, daß dieſem, um Rechte für den Dominus zu erwerben, nur deſſen Einwilligung fehle, und daß jeder Stellvertreter Rechte für den Principal in dem Moment erwirbt, wo er die Einwilligung erhält. Demnach erſcheint die in der Ratihabition gelegene nachträgliche Ertheilung der Vertretungsbefugniß an den Geſtor für die Wirkſamkeit der Erklärung des Dritten lediglich als eine Bedingung, von deren Eintritt der Dritte natürlich ſo wenig, wie bei jeder anderen Bedingung zu wiſſen braucht, damit dieſelbe wirkſam ſei. Insbeſondere iſt auch bei der Ratihabition

[270]) Im internen Verhältniß zum Geſtor (in Beziehung auf die a.° neg. gest.) tritt natürlich die Wirkung der Genehmigung von dem Momente ein, wo dieſelbe an den Geſtor erklärt wird.

nicht, wie wir bei der Bevollmächtigung aus ſpeciellen Gründen angenommen haben (ſ. oben S. 186) erforderlich, daß der Stellvertreter dieſelbe erfahre; es genügt, daß der auf Rechtserwerb gerichtete Wille des Dominus überhaupt vorhanden ſei.

Wir ſtellen alſo den Satz auf:

Bei Verträgen wird die Ratihabition zu Gunſten des Dritten wirkſam in dem Augenblick, wo ſie zu deſſen Kenntniß kommt[271]); zu Gunſten des Dominus in dem Augenblick, wo ſie entweder an den Dritten oder auch nur an den Geſtor oder vor dritten Perſonen erfolgt.

Wie ſteht es bei einſeitigen Rechtshandlungen?

Hier dürfte zu unterſcheiden ſein zwiſchen Rechtshandlungen, die zu ihrer Wirkſamkeit beſtimmte äußere Vorausſetzungen erfordern, und ſolchen, bei welchen dies nicht der Fall iſt.

Rechtshandlungen der erſteren Art ſind zumeiſt jene, die den Handelnden verpflichten. Zur Giltigkeit ſolcher wird meiſt eine gewiſſe Publicität erforderlich ſein. So z. B. bei Erbſchaftsantritt durch pro herede gestio. Hier iſt zur Verpflichtung nothwendig, daß die Einmiſchung in die Erbſchaftsangelegenheiten kenntlich erfolgt ſei. Sind nun ſolche Rechtsgeſchäfte durch einen Geſtor vorgenommen, ſo wird auch die Ratihabition, ſowie die Haupthandlung ſelbſt nur unter der Vorausſetzung wirkſam, daß ſie Dritten gegenüber deutlich hervortritt. Daher iſt hier Erklärung der Genehmigung an den Geſtor nicht unter allen Umſtänden genügend, um den Dominus gegenüber Dritten zu verpflichten; wenn vielmehr Geſtor dieſe Genehmigung nicht veröffentlicht und Dominus dieſelbe widerruft, wird ſie wirkungslos. In ſolchen Fällen wird alſo zur ſofortigen Wirkſamkeit der Genehmigung erforderlich ſein, daß dieſelbe jene Erſcheinung annehme, die für die Haupthandlung ſelbſt vorgeſchrieben iſt.

Wo ſolche Erſcheinung für die Haupthandlung nicht nothwendig iſt, gilt aber jede Willenserklärung des Dominus als wirkſame Genehmigung. So namentlich bei einſeitigen Erwerbsacten (z. B. Specification, Occu-

[271]) Natürlich kann die ſpecielle Verſtändigung des Dritten dadurch erſetzt werden, daß die Ratihabition öffentlich erklärt wird. Auf dieſen Fall dürfte ſich die von Zimmermann (S. 163) als Argument dafür, daß die Ratihabition den Betheiligten nicht zuzugehen brauche, angeführte l 66 D. de fidej. 46, 1 beziehen; die Erhebung eines auf die Ratihabition geſtützten Proceſſes iſt eben ein Ereigniß, das den Ratihabitionsintereſſenten bald bekannt werden muß.

pation). Hier wird die Wirkung der Ratihabition mit dem Momente eintreten, wo Dominus die Ratihabition ernſtlich erklärt. Denn in dieſem Momente iſt der Wille zum Rechtsgeſchäft vorhanden; es iſt nicht einmal erforderlich, daß Geſtor von dieſer Erklärung verſtändigt werde.

Im Einzelnen gelten für die Beurtheilung des Ratihabitionswillens die allgemeinen Grundſätze über Willensinterpretation und über die Beurtheilung des Willens bei Rechtsgeſchäften.[372])

II. Gegenſtand der Ratihabition iſt jedes Rechtsgeſchäft, welches überhaupt Stellvertretung zuläßt und im concreten Fall mit der erforderlichen (S. oben § 16) contemplatio domini vorgenommen worden iſt.

III. Nicht nothwendig iſt es, daß der Stellvertreter ſich dem dritten Contrahenten als Negotiorum Geſtor zu erkennen gegeben habe. Es genügt, daß er überhaupt als Stellvertreter aufgetreten iſt; auch wenn der Mitcontrahent die Vollmacht für ſofort vorhanden anſah, kann das Rechtsgeſchäft trotz ſeines Irrthums durch Ratihabition aufrecht erhalten werden, vorausgeſetzt nur, daß der Dritte ſeinen Rücktritt von dem vollmachtslos

[372]) Insbeſondere kann alſo die Ratihabition auch ſtillſchweigend erfolgen, ſo durch Annahme von Zinſen oder theilweiſer Erfüllung aus dem in Frage ſtehenden Geſchäft R. O. H. G. Entſch. XII. n. 4, XIII. n. 5; durch eigene Erfüllung ſeitens des Dominus l. 9 § 1 C. 4, 5, l. 7 § 15 D. ad Sc. Mac. 14, 6, durch Klaganſtellung l. 66 D. 46, 1, l. 1 D. 46, 8, durch Appellation gegen das von dem Geſtor erwirkte Urtheil l. 3 § 1 D. 46, 8. Kenntniß des abgeſchloſſenen Geſchäfts iſt zur Giltigkeit der Ratihabition nicht nothwendig, Ratihabition en bloc iſt zuläſſig, ſo gut als ich Jemand im Voraus zu allem Möglichen ermächtigen kann, muß ich auch Alles ratihabiren können, was er gethan haben mag, R. O. H. G. Entſch. XV. n. 19, Seuff. Arch. III. 141. Mit Unrecht glaubten die Aelteren, wie Caſaregis, disc. I. 125, referirt, daß zur Ratihabition wenigſtens Kenntniß der essentialia actus erforderlich ſei. Iſt die Ratihabition eine allgemeine, ſo kann ſich der Dominus natürlich auf einen Irrthum bezüglich der Bonität der genehmigten Geſchäfte nicht berufen. So richtig Dec. Rot. Rom. lib. III. 493, eine inconſequente Ausnahme macht dec. lib. III. n. 1043 mit dem Satze: ratificatio generalis non comprehendit sententiam nullam. Bei ſpecieller Ratihabition muß aber der Irrthum des Dominus berückſichtigt werden; ſo bei Ratihabition einer Zahlung, in der Meinung, dazu verpflichtet zu ſein l. 3 C. 4, 5, l. 24 D. 12, 6. — Gilt das Stillſchweigen des Dominus auf die Anzeige von der Vollmachtsüberſchreitung des Stellvertreters ſchon als Genehmigung? Das R. O. H. G. verneint dieſe Frage: Entſch. XIII. 98. Dagegen Caſaregis (disc. I. 131 sub b): mandans sciens excessum mandati et ei non contradicens censetur excessum procuratoris approbare. Die Entſcheidung iſt aber ganz quaestio facti. Vgl. auch l. 16 D. ad Sc. Mac. 14, 6, wo Stillſchweigen als Genehmigung gilt.

abgeſchloſſenen Geſchäfte nicht vor erfolgter Ratihabition erklärte, wozu er berechtigt iſt. (S. oben Not. 175).[273])

IV. Unzuläſſig aber iſt theilweiſe Ratihabition. Der Dominus kann vielmehr die vom Geſtor geſchaffene Rechtslage nur entweder ganz oder gar nicht zu ſeinen Gunſten acceptiren. Er kann alſo nicht einen vom Geſtor abgeſchloſſenen Vertrag theilweiſe aufrechterhalten, zum andern Theil zurückſtoßen; z. B. er wollte einen Lieferungsvertrag über 1000 auf 500 genehmigen, auf 500 refuſiren. Oder er wollte von einem Complex zuſammengehöriger Geſchäfte, die ihm beſonders vortheilhaften realiſiren, die weniger vortheilhaften als nicht geſchloſſen betrachten. Das Gegentheil widerſpricht dem Intereſſe des Mitcontrahenten, welcher möglicherweiſe eben nur am ganzen Geſchäft einen Vortheil gefunden haben kann. Nur dort wird theilweiſe Genehmigung zuläſſig ſein, wo ein ſolches Intereſſe des Tertius nicht denkbar iſt, wo es dieſem vielmehr ganz gleichgiltig iſt, ob der Vertrag in ſeiner Totalität oder nur pro parte zur Ausführung gelangt. Ebenſo kann von mehreren nicht zuſammenhängenden Rechtsgeſchäften des Geſtor der Dominus immerhin einige

---

[273]) In der älteren Literatur findet ſich diesbezüglich eine viel discutirte Streitfrage; nämlich ob, wenn ein falsus procurator einen Proceß führt, der Dominus denſelben auch nach gefälltem Urtheil noch ratihabiren könne. (Daß er im Laufe des Proceſſes ratihabiren kann, war nach l. 56 D. de jud. 5, 1 und l. 3 § 1 D. R. R. H. 46, 8 zweifellos.) Vielfach wurde hier unterſchieden, je nachdem der Geſtor den Proceß gewonnen oder verloren habe. Im letzteren Falle geſtattete man dem Dominus die Ratihabition unbedenklich im erſteren jedoch meinte man, daß dem Dritten aus dem Proceß ſofort wegen der mangelhaften Vertretung die querela nullitatis erwachſen ſei, welche ihm gegen ſeinen Willen nicht entzogen werden könne So Voet, comm. ad. Pand. ad tit. de proc. § 10, Mynſinger, sing. obss. cent. I obj. 44. Cocceji, jus. civ contr I ad tit. de proc. qu. V, ebenſo auch viele gerichtliche Entſcheidungen jener Zeit, ſo Decis. Sacr Palat. Aud. (Venet. 1590) III. dec. 318, p. I und II. dec. 158, ferner Carpzov ad const elect. Aug. pars. I. const. XIX. def. 6 u. 7 und das daſelbſt abgedruckte gerichtliche Urtheil. Der tiefere Grund war, daß man fürchtete, der Dominus könne ſonſt das Glück des Proceſſes zweimal verſuchen, wie ausdrücklich ausgeſprochen iſt, bei Gail obss. I 47 Dieſe Anſicht iſt aber unrichtig; denn mangelnde Vollmacht gehört zu den nullitates sanabiles und wird ſie ſanirt, ſo iſt die Nullitätsquerel eo ipso gegenſtandslos. Ein erworbenes Recht auf die Nullitätsquerel gibt es nicht. Auch die Natur des richterlichen Urtheils als einer definitiven Normirung zwiſchen den Parteien ſteht nicht im Wege, daß deſſen Wirkſamkeit in Schwebe ſei. Die richtige Anſicht findet ſich denn auch bei Gail l. c., Glück V. § 399, Wetzell S. 60, 365.

annehmen, andern zurückſchlagen, weil dies das Intereſſe des Tertius nicht verletzen kann.[274])

V. Eine Verpflichtung zur Ratihabition exiſtirt für den Dominus dritten Intereſſenten gegenüber nicht. Nur der Negotiorum Geſtor kann ihn mit der actio negotiorum gestorum zur Ratihabition verhalten und auch dies nur mit der Wirkung, daß die Ratihabition im Verhältniß zu ihm, dem Geſtor, als geſchehen angenommen wird. Zu den dritten Betheiligten ſteht der Dominus in keinem Rechtsverhältniß, kraft deſſen dieſelben Genehmigung des Vertrags von ihm verlangen könnten; ſie können dies ſo wenig, als irgend ein Contrahent Annahme ſeiner Offerte begehren kann.[275])

Dagegen können ſie verlangen, daß der ungewiſſe Zuſtand, welchem ſie ſich bis zur Entſcheidung über die Ratification unterworfen haben, ehebaldigſt entſchieden werde. Der Dominus muß daher auf ihr Verlangen ſeine Aeußerung über ſeinen Entſchluß abgeben; er muß dies ohne Zögern, nur eine angemeſſene Ueberlegungsfriſt iſt ihm zu geſtatten:

l. 12 § 2 D. R. R. H. 46, 8,

er kann zu dieſer Erklärung auch im Klagswege verhalten werden,

l. 13 §§ 27, 28 D. de A. E. 19, 1,

und arg. öſterr. a. b. G. B. § 865.

Der Geſtor dagegen iſt nicht ſchuldig, die Erklärung des Dominus über die Ratihabition zu beſchaffen. Denn er hat ſich darauf beſchränkt, für den Dominus das Rechtsverhältnis vorläufig feſtzuſtellen; er hat ſich nicht auch verpflichtet, die Entſcheidung des Dominus einzuholen; dies mag der Dritte ſich ſelbſt beſorgen. Doch kann er ſich hiezu durch beſonderes Verſprechen erbötig gemacht haben; dann muß er dies für den Dritten thun, welcher jedoch dem Dominus immer noch im Obligo bleibt, wenn er nicht das Gegentheil vorbehalten hat. Und ſelbſtverſtändlich muß

---

[274]) Ueber die bekannten Stellen l. 17 u. 18 D. 46, 8 u. l 4 § 1 D. 45, 1 vgl. Seuffert S. 84 flg., Zimmermann S. 167 flg. Wenn hiegegen Steinlechner (in Grünhut's Zeitſchr IV. S. 360) bemerkt, ein Intereſſe des Dritten werde durch theilweiſe Ratihabition immer verletzt werden, möchte dies doch bei der Erfüllungsannahme ſchwerlich richtig ſein. Daß auch die Römer in der theilweiſen Reſciſſion eines Vertrags nicht immer eine Verletzung des Mitcontrahenten erblickten, ergibt ſich aus l. 13 pr. D. de in diem add. 18, 2 vv.: Ipse quoque Celsus sqq., da hier das Recht des Dritten, totale Aufrechthaltung oder totale Reſciſſion zu verlangen, als nicht ſelbſtverſtändlich betrachtet wird. Vgl. übrigens l. 47 § 1 D. de min. 4, 4. l. 26 § 4 D. cond. ind. 12, 6, l. 46 pr. D. sol. 46. 3.

[275]) Vgl. Seuffert a. a. O. S. 36 flg.

der Geſtor im eigenen Intereſſe die Ratihabitionserklärung des Dominus baldigſt beſchaffen, wenn er für dieſelbe gutgeſtanden hat; ſonſt kann ihn der Dritte aus dieſem Garantievertrag auf ſein Intereſſe, vorher aber, wenn er ganz ſicher gehen will, auf Beibringung der Genehmigung binnen einer angemeſſenen Präcluſivfriſt klagen, deren Verſäumung dann auch dem Principal ſchadet, weil der Garantievertrag eine zeitliche Begrenzung des Obligos ſtillſchweigend enthält.

§ 27.

Das Rechtsverhältniß vor der Genehmigung.

Wir gehen nun zur Beantwortung der Frage über, welche Wirkungen das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters bis zur Ertheilung der Ratihabition ausübt.

I. Was zunächſt die Wirkungen der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio gegenüber dritten Contrahenten betrifft, neigt ſich die neuere Theorie übereinſtimmend der Anſicht zu, daß durch das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters bis zum Eintritt der Ratihabition für dritte Perſonen, die mit dem Stellvertreter contrahirt haben, eine, ſei es nun perſönliche, ſei es ſachliche Gebundenheit eintritt, aus welcher ſich dieſelben gegen den Willen des Geſtor keinesfalls löſen können.[276])

Dieſe Anſicht, welche auch in l. 24 D. de N. G. 3, 5 einen ſicheren quellenmäßigen Stützpunkt findet, verleiht in der That der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio erſt ihre wahre Bedeutung. Könnte der dritte Contrahent von dem Vertrage mit dem Geſtor in jedem Augenblicke zurücktreten, ſo würde der Vertrag des Geſtor ſich lediglich auf eine vom dritten Contrahenten an den Dominus geſtellte, vollkommen widerrufliche Offerte reduciren. Der ganze Werth der Negotiorum Geſtio, eine mittlerweilige Sicherung fremder Intereſſen zu ſein, wäre für die ſtellvertretende Negotiorum Geſtio in Frage geſtellt, wenn der Geſtor nicht in der Lage wäre, die Fäden, die er geſchlungen, feſtzuhalten, und ſo kann man in obigem Rechtsſatze die wahre geſetzliche Sanction der ſtellvertretenden Geſchäftsführung erblicken.

In welcher Weiſe dieſe mittlerweilige Gebundenheit im Fall der Ratihabition zu Gunſten des Principals wirkſam wird, wird den Gegenſtand der ſpäteren Ausführungen über die Rückwirkung der Ratihabition bilden; wir gehen in der Betrachtung der mittlerweiligen Situation weiter.

[276]) Vgl. ſtatt aller Windſcheid Pand. § 74, Not 4.

II. Da iſt es denn ſehr beſtritten, ob die vorläufige Gebundenheit an das ſtellvertretende Rechtsgeſchäft ſich auch auf den Geſtor ſelbſt erſtrecke; mit anderen Worten, ob nicht der Geſtor berechtigt ſei, im Einverſtändniß mit dem dritten Contrahenten den für den Principal geſchloſſenen Vertrag aufzuheben.[277])

Dieſelbe Frage wiederholt ſich in etwas veränderter Faſſung auch beim einſeitigen Rechtsgeſchäft des Geſtor: Iſt der Geſtor berechtigt, von dem Namens des Dominus vorgenommenen einſeitigen Rechtsgeſchäft zurückzutreten? Sie iſt aber immer dieſelbe, nämlich die Frage nach der Gebundenheit des Geſtor an die von ihm ſelbſt geſchaffene Situation.

Die Anſicht, welche dieſe Gebundenheit bejaht, ſtützt ſich auf Quellenbelege, in welchen dieſelbe angeblich anerkannt ſein ſoll. Es kann aber in den bezüglichen Ausſprüchen der Geſetze das darin geſuchte Princip meines Erachtens nicht gefunden werden.

Was nämlich die vielfach ſo ſehr urgirte

l. 24 § 1 D. R. R. H. 46, 8.

> .... Sed illud consequens futurum, etiam si poeniteat illum petisse, ratum haberi non posse: quod utique sit absurdum —

anbelangt, ſo iſt gegen dieſe Stelle ſchon von Monroy mit Recht bemerkt worden, daß mit dem hier erwähnten poeniteat dem ganzen Zuſammenhang nach offenbar nur ein rein innerlicher Vorgang in der Seele des Geſtor, nicht auch die ausdrückliche und nach außen hin erſichtliche Redreſſirung des Geſchäftes gemeint ſein kann, wodurch dieſer Beweis gänzlich hinfällig wird.

Was aber die von Zimmermann angeführte

l. 58 pr. D. de soll. 46, 3,

betrifft, ſo muß Zimmermann ſelbſt eingeſtehen, daß dieſe Stelle zunächſt nur dem dritten Contrahenten die Möglichkeit abſpricht, einſeitig den mit dem Geſtor geſchloſſenen Vertrag rückgängig zu machen. Hienach liegt die Stelle für uns außer Betracht.

---

[277]) Für dieſe Möglichkeit Wachter W. P. R. II. S. 682, Regelsberger Vorverhandlungen S. 89, Ruhſtrat in Jahrb. f. Dogm. X. S. 211, 245 flg., Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. S. 288, Buchka S. 211, Vangerow III S. 295, Monroy die vollmachtsloſe Ausübung fremder Vermögensrechte S. 45. Gegen dieſelbe Windſcheid Pand. I. § 74, Not. 4, Seuffert S. 150, Brinz krit. Blätter II. S. 40, Regelsberger krit. Vjſchr. XI. S. 371, Zimmermann a. a. O. S. 276. Eine Mittelmeinung hat Hellmann S. 123 flg.

Dagegen läßt es ſich nicht leugnen, daß gewichtige innere Gründe dafür ſprechen, dem Geſtor die Vereitlung der für den Principal einmal begründeten Situation nicht ohne Weiteres zu geſtatten. Hiefür ſpricht in erſter Linie das von Zimmermann mit Recht betonte Princip aller Negotiorum Geſtio: alienam conditionem meliorem quidem .... nos facere posse, deteriorem non posse.[278]) Dieſes Princip ergibt wenigſtens ſoviel, daß es nicht ganz in die Willkür des Geſtor geſtellt ſein kann, ob er den für den Dominus begründeten Rechtsvortheil fortbeſtehen laſſen wolle oder nicht; daß vielmehr das Verhältniß der Negotiorum Geſtio ihn dazu verpflichtet, keine ſchädigenden Eingriffe in die ſelbſtgeſchaffene Situation zu unternehmen. Zweifelhaft bleibt nach dieſem Princip nur ſoviel, ob dieſer Grundſatz dem Geſtor die Möglichkeit, das von ihm vorgenommene Rechtsgeſchäft einſeitig aufzuheben, vollſtändig beraubt, oder ob ihm dieſe Möglichkeit zwar belaſſen und ihm nur für eine widerrechtliche Ausübung derſelben die Verantwortlichkeit auferlegt wird.

Ich würde mich für die erſtere, ſtärkere Wirkung der Gebundenheit des Geſtor entſcheiden. Erkennt nämlich das Recht dem Geſtor einmal die Möglichkeit zu, dem Principal eine Situation zu ſchaffen, welche ſofort für dieſe pendente Rechtswirkungen erzeugt, und gibt man ferner zu, daß der Geſtor kraft ſeiner Geſtio den Princ.pal dieſes Rechtsvortheil nicht berauben darf, ſo erſcheint es als das juriſtiſch einzig conſequente, die Fortdauer dieſes Rechtszuſtandes vom Willen des Geſtor überhaupt unabhängig zu erklären. Denn daß Dominus in jenes pendente Rechtsgeſchäft eintritt, iſt doch eben nur dadurch erklärlich, daß dasſelbe ſofort ein Rechtsverhältniß in ſeiner, des Dominus, Perſon, erzeugt hatte, er ſuccedirt nicht etwa in bisher beſtandene Rechte des Geſtor — denn ſolche ſind ja für den Stellvertreter undenkbar[279]) —, ſondern er perficirt nur

[278]) Die Auffaſſung, daß Rechtsvortheile, die dritten Perſonen, wenn auch ohne ihr Wiſſen und Zuthun erworben worden ſind, ihnen wider ihren Willen nicht entzogen werden dürfen, findet ſich bereits im römiſchen Recht: l. 62 D de pac. 2. 14, woſelbſt auch keine Reflexwirkung vorliegt, vgl. Ihering in den Jahrb f Dogm X. S 258—259.

[279]) Die gegentheilige Anſicht, welche ſich noch bei Ruhſtrat (Jahrb. für Dogm. X. S. 214) und Regelsberger (Vorverhandl. S. 89) findet, und wonach der dritte Contrahent mittlerweile dem Geſtor gebunden iſt, von dem Vertrage nicht zurückzutreten, iſt unhaltbar. Denn ſie kann nie erklären, daß der Rücktritt des Dritten dem Dominus gegenüber wirkungslos iſt (vgl. l 24 D. de N. G. 3, 5 mit l. 6 D. don 39, 5), ſondern kann immer nur zu einer Erſatzklage des Geſtor wegen unberechtigten Rücktritts führen.

das vom Geſtor in ſeiner Perſon bereits erzeugte imperfecte Rechtsverhältniß. Iſt aber hienach das mittlerweile beſtehende Rechtsverhältniß ein von der Perſon des Geſtor längſt losgelöſtes, ſelbſtändiges Rechtsverhältniß des Dominus, ſo ergibt die juriſtiſche Conſequenz, daß jener an demſelben nicht ohne Weiteres Aenderungen vorzunehmen vermag. Alſo er *darf* nicht blos, ſondern er *kann* auch nicht dem Principal die bereits erworbene, wenn auch noch nicht perfecte Anwartſchaft wieder benehmen, ſein Rücktritt iſt nicht blos verboten, ſondern auch wirkungslos; (vgl. l. 62 D. de pac. 2, 14).

Damit ſcheinen wir auf den Standpunkt jener Schriftſteller zu treten, welche dem Negotiorum Geſtor die Möglichkeit abſprechen, das von ihm geſchaffene Rechtsverhältniß vor der Genehmigung wieder aufzuheben, und welche es demnach auch für unzuläſſig anſehen, daß Negotiorum Geſtor und dritter Contrahent von einem im Namen des Dominus geſchloſſenen Vertrag einverſtändlich wieder abgehen.

Dennoch können wir auch dieſen Standpunkt nicht vollkommen theilen. Unſere Anſicht geht vielmehr dahin, daß zwar durch die Handlung des Negotiorum Geſtor dem Dominus ein Recht erworben iſt, auf welches der Geſtor nicht eigenmächtig wieder verzichten kann; daß jedoch dritten Contrahenten gegenüber der Geſtor kraft ſeiner Geſtio *bevollmächtigt* iſt, dieſes dem Dominus bereits verſchaffte Recht wieder aufzuheben.

Dieſe Anſicht ſtütze ich auf folgende Erwägungen:

Nimmt man an, daß der Negotiorum Geſtor *abſolut* nicht berechtigt iſt, die gegenüber dritten Perſonen für den Principal begründeten Rechtsverhältniſſe aufzuheben, ſo wird hiedurch die Action des Geſtor weſentlich gehemmt. Er iſt dann an jedes von ihm einmal vorgenommene Rechtsgeſchäft auch dann noch gebunden, wenn deſſen Nachtheiligkeit, ſei es nun wegen veränderter Verhältniſſe, ſei es wegen urſprünglich mangelhafter Berechnung auf's Klarſte auf der Hand liegt. Er darf das einmal geſetzte Rechtsgeſchäft nicht aufheben und gegen ein beſſeres vertauſchen, weil dem das angebliche Intereſſe des Dominus entgegenſteht. Z. B. der Geſtor G ſchließt mit dem Tertius T einen Vertrag über eine Lieferung Weizen für den abweſenden Principal P. Nach einiger Zeit verändern ſich die Conjuncturen und es erſcheint dem G wünſchenswerth, ſtatt Weizen vom T Korn zu beziehen. Auch T iſt hiemit einverſtanden, weil er vielleicht Weizen momentan nicht liefern will; das Intereſſe beider Paciscenten ſpricht alſo für eine Novation des Vertrags. Dieſe wird

ihnen nun von Rechtswegen verboten. Sie können höchstens zu dem alten Vertrag noch eine eventuelle zweite Lieferung von Korn verabreden. Hiemit ist aber natürlich T nicht einverstanden, weil er dadurch seine Verpflichtungen erhöht, und so muß es denn bei dem unliebsamen alten Vertrag bleiben; der Gestor ist nun in seiner eigenen Schlinge gefangen.

Dieses Resultat ist ein so unbefriedigendes, daß man sich zu der Frage veranlaßt fühlt, ob denn eine solche Gebundenheit mit der Rechtsstellung des Negotiorum Gestor verträglich ist. Und diese Frage muß bei näherer Ueberlegung gewiß verneint werden. Prüfen wir nämlich die Stellung des Negotiorum Gestor gegenüber dritten Personen, so ist sie die, daß der Gestor vom Rechte ermächtigt ist, durch Rechtshandlungen gegenüber Dritten die Interessen des Dominus zu wahren. Diese gesetzliche Legitimation ist aber keine specielle, sondern eine generelle: Er darf das Interesse des Dominus wahren nicht blos durch einzelne Geschäfte, sondern soweit dasselbe reicht; er ist als Gestor kein Specialbevollmächtigter, sondern gleich einem Generalbevollmächtigten Er ist daher nicht blos berechtigt, zu Gunsten des Dominus Dritte zu verbinden, sondern er kann auch die Richtung seiner Gestio verändern und zu diesem Behufe die Dritten wieder entbinden. Thut er dies, so müssen sich die Dritten auf seine Absolution verlassen können; denn so gut als das Gesetz im Interesse des Dominus statuirt, daß der Gestor sich auf seine Verträge mit Dritten verlassen kann, so gut muß es auch jenes Interesse des Dominus anerkennen, welches dahin geht, daß der Gestor bei geänderten Verhältnissen seine Gestio theilweise zurücknehme und zu diesem Behufe Dritte definitiv aus ihrem Obligo entlasse, um freie Hand für neue Geschäfte zu haben.[289]) Der Gestor muß also kraft seiner Geschäftsführung, kraft des Interesse seines Dominus für legitimirt erachtet werden, nicht blos zu

[289]) Mouron (S 47) stützt seine Ansicht, daß der Gestor seine Verträge wieder aufheben könne, auf den Rechtssatz, daß der Dominus nicht theilweise ratihabiren könne, also auch nicht blos den Abschluß des Vertrags, nicht aber die Aufhebung desselben. Dies scheint mir unrichtig, denn Abschluß und Aufhebung eines Vertrags sind nicht Theile eines und desselben Rechtsgeschäfts und auch nicht connexe Verträge, sie sind vielmehr zwei völlig getrennte Rechtsgeschäfte. Nun kann aber der Rechtssatz, daß theilweise Ratihabition unzulässig sei, sich doch seiner Natur und seiner Tendenz nach nur auf einheitliche oder connexe Rechtsgeschäfte beziehen und widerstrebt gar nicht, daß die Aufhebung eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts vom Dominus nicht anerkannt werde.

binden, ſondern auch das, was er gebunden, zu löſen. Andernfalls verkennt man, daß zur Wahrung der Intereſſen des Dominus nicht ein ſtarrer Rechtsſatz, welcher die Reſultate der Geſtio petrificirt, ſondern eben der Geſtor ſelbſt mit ſeinem concreten Ermeſſen und ſeiner Verantwortlichkeit berufen iſt. Damit der Geſtor das Gute nicht ſchlecht mache, dürfte er auch das Schlechte nicht wieder gut machen! Man vermenge doch nicht die Frage, ob dem Geſtor dieſes Recht zuzuerkennen ſei, mit der Frage, ob dasſelbe nicht mißbraucht werden könne. Gegen einen Mißbrauch dieſes Rechts ſchützt die a° negotiorum gestorum directa, gerade ſo wie gegen den Mißbrauch der Vollmacht die a° mandati ſchützt. Dem Geſtor aber wegen der Möglichkeit eines Mißbrauchs das Recht ganz abſprechen, heißt den Gebrauch der Waffen verbieten, weil man damit ſich ſelbſt verletzen kann. Mit demſelben Recht könnte man auch dem Generalbevollmächtigten die Möglichkeit entziehen, die ſelbſtgeſchloſſenen Verträge wieder aufzuheben, weil ja auch er dieſes Recht mißbrauchen kann.

Unſerer Anſicht nach ſteht alſo die Sache ſo:

Zunächſt iſt der Geſtor nicht befugt, die dem Dominus erworbenen pendenten Rechtsverhältniſſe wieder aufzuheben; die Aufhebung iſt alſo wirkungslos. Dies gilt namentlich von rein einſeitigen Rechtsgeſchäften, welche die Intereſſen dritter Perſonen nicht berühren; z. B. Beſitzerwerb Specification, Occupation u. ſ. f.

Dritten Perſonen gegenüber aber iſt der Geſtor als Intereſſenvertreter des Dominus bevollmächtigt, dieſe ipso iure beſtehenden Rechtsverhältniſſe wieder abzuändern.[261]) Ob der Geſtor hierin die Intereſſen des Dominus wirklich vertritt, geht die Dritten nichts an; denn ſie können unmöglich die Utilität der Geſtio prüfen, vielmehr müſſen und dürfen ſie dieſe Prüfung dem Stellvertreter überlaſſen. Weil aber dieſer zur Aufhebung von Rechtsgeſchäften auch gegenüber Dritten nur inſoweit bevollmächtigt iſt, als er negotia domini gerirt oder doch zu geriren ſcheint, mit anderen Worten, weil dieſe ſeine Vollmacht nur im Intereſſe des Dominus gegeben iſt und im Uebrigen der an die Spitze geſtellte Satz gilt, daß die Fortdauer dieſer Rechtsgeſchäfte vom guten Willen des Negotiorum Geſtor unabhängig iſt, iſt dieſe Aufhebung von

---

[261]) Dritten gegenüber kann alſo der Geſtor auch einſeitige Rechtsgeſchäfte wieder aufheben, z. B. eine von ihm für den Dominus occupirte Sache ihnen rechtsgiltig veräußern, dafern dies nur in ſeiner Eigenſchaft als Geſtor geſchieht. Dagegen kann er nicht ipse sibi causam possessionis mutare und die von ihm für den Dominus occupirte Sache ſpäter für ſich beſitzen wollen.

Rechtsgeſchäften auch gegenüber Dritten dann ungiltig, wenn dieſe ſehen müſſen, daß der Geſtor auf dieſe Geſchäfte nicht im Intereſſe des Dominus, ſondern lediglich um jenem zu ſchaden, verzichten will. Alſo insbeſondere im Colluſionsfalle. Der Geſtor kann alſo Dritte, mit denen er contrahirt, nicht ſchenkungsweiſe oder aus Rancune gegen den Dominus wieder entbinden, wenn dieſe Dritten von einer ſolchen Pflichtwidrigkeit Kenntniß haben.[182])

Dieſe Anſicht unterſcheidet ſich von den beſtehenden Anſchauungen über die ventilirte Frage weſentlich, inſofern ſie weder, wie ein Theil unſerer Schriftſteller thut, dem Geſtor unbedingt die Befugniß zur Revocation ſeiner Geſtio einräumt, noch auch, wie andere Schriftſteller wollen, ihm dieſes Recht vollſtändig abſpricht. Ich glaube aber, daß unſere Auffaſſung, wonach der Geſtor dem Dominus gegenüber an die Reſultate ſeiner Geſtio nicht unbedingt gebunden iſt, namentlich auch den Willen der Parteien entſchieden für ſich hat.

Wäre nämlich jedes vom Geſtor geſchloſſene zweiſeitige Rechtsgeſchäft unwiderruflich, ſo wäre der Geſtor in einer viel drückenderen Lage, als andere generelle Intereſſenvertreter, die ja in der Mehrzahl der Fälle doch entſprechend ihrer freieren Beſchlußfaſſung auch eine allgemeine Vollmacht beſitzen, welche ihnen ermöglicht, den Intereſſen des Dominus in jedem Augenblick Rechnung zu tragen. Er müßte den Vertrag, der für alle Zeit bindend ſein ſoll, mit der größten Aengſtlichkeit nach allen Richtungen überlegen, alle Chancen erwägen, alle Eventualitäten abwarten und nicht eher mit der Vertragſchließung vorgehen, als bis er glaubt, an dem Abgeſchloſſenen nie mehr etwas ändern zu müſſen. Dies Alles thut der Generalbevollmächtigte nicht; dieſer kann, wenn er nur der Coulanz ſeines Mitcontrahenten ſicher iſt, bei jeder günſtigen Gelegenheit mit der Vertragsſchließung vorgehen, in der ſicheren Erwartung, daß er bei veränderten Chancen immerhin noch den Vertrag werde modificiren können.

[182]) Man ſetze den Fall, Jemand habe für einen Abweſenden deſſen Handlungsgeſchaft auf deſſen Firma fortgeführt Nach langerer Zeit, da er ſich ſchon der Hoffnung hingibt, Jener werde nicht wiederkommen und er ſelbſt, der vielleicht ſein Erbe iſt, werde alles behalten können, erhält er einen Brief, worin der Abweſende ihm ſeine bevorſtehende Rückkehr anzeigt In ſeiner Entrüſtung über die fehlgeſchlagenen Hoffnungen geht er hin, theilt den Geſchäftsſchuldnern den Sachverhalt mit und gibt ihnen gegen eine Entlohnung, welche ihm zufallen ſoll, die Schuldſcheine, Wechſel u ſ f zurück, um ſo dem Dominus den Nutzen aus der Geſtio zu entziehen. Niemand wird zweifeln, daß ein ſolcher Handel völlig ungiltig iſt und die Schuldner nicht befreien kann.

Dies ſtünde dem Geſtor nicht frei, er müßte alſo bei der Abſchließung das Bewußtſein beſitzen, ein unwiderrufliches Obligo gegenüber ſeinem Principal zu übernehmen. Gerade dieſes Bewußtſein beſitzt aber der generelle Geſchäftsführer gewiß nicht, ſowenig als jeder andere Generalbevollmächtigte es beſitzt; er vertraut vielmehr darauf, daß vorläufig nur *er* es iſt, der für den Principal intervenirt und daß ihm freie Hand bleibt, ſeine proviſoriſchen Pactionen immer noch im Intereſſe des Principals zu modificiren. Dieſes Bewußtſein ſchließt das Recht des Principals aus, den Geſtor beim Wort zu nehmen; er hat kein Recht, den Geſchäftführerwillen zu vergewaltigen und dasjenige unabänderlich für ſich in Anſpruch zu nehmen, was jener noch ſeiner freien Ingerenz vorbehalten wollte.

Aus dem bisher Entwickelten ergibt ſich uns nunmehr die grundſätzliche Auffaſſung des durch die Handlung des Negotiorum Geſtor geſchaffenen und bis zum Eintritt der Ratihabition beſtehenden Rechtsverhältniſſes.

Das Rechtsgeſchäft des Geſtor iſt jedenfalls nicht ein von dem Hauptgeſchäft des Dominus getrenntes, blos vorbereitendes Rechtsgeſchäft, alſo etwa bei Verträgen ein pactum de contrahendo, ein Gebundenheitsvertrag; denn wenn Dominus ratihabirt, ſo liegt hierin, wie allgemein anerkannt wird, nicht die Vornahme eines ſelbſtändigen Rechtsgeſchäfts, ſondern er perficirt nur ein für ihn bereits begründetes, aber bis dahin noch ſchwebendes Rechtsverhältniß. Der Beweis dafür liegt vor Allem darin, daß insbeſondere bei Verträgen Dominus vermöge der Ratihabition ein unmittelbares Vertragsrecht gegen die dritten Contrahenten u. zw. auch dann erlangt, wenn dieſelben ihren Willen vor der Ratihabition etwa widerrufen hatten. Dies iſt nur dadurch zu erklären, daß das Vertragsrecht des Dominus bereits vermöge der Geſtio wenigſtens als eventuelles begründet war. Der Beweis liegt ferner in den unbezweifelten Sätzen, daß die vom Negotiorum Geſtor vorgenommene Form des Rechtsgeſchäfts vom Dominus nicht wiederholt zu werden braucht, daß reale Elemente des Rechtsgeſchäfts, z. B. Beſitzübergabe bei der Tradition, dem Dominus aus der Perſon des Negotiorum Geſtor zugerechnet werden, lauter Dinge, die nicht möglich wären, wenn das Geſchäft des Negotiorum Geſtor nicht identiſch wäre mit jenem des Dominus. Hiemit ſtimmt endlich überein die Ausdrucksweiſe der Quellen, welche überall, wo Ratihabition eintritt, dieſelbe nicht als Abſchluß eines neuen Rechtsgeſchäfts bezeichnen, ſondern die Entſtehung des nunmehr perfecten

Rechtsgeſchäfts in die Handlung des Negotiorum Geſtor zurückverlegen; z. B. und vor Allem

l. 12 § 1 D. R. R. H. 46, 8

Rem habere ratam hoc est comprobare agnoscereque quod actum est a falso procuratore.

Andererſeits aber iſt das Rechtsgeſchäft des Geſtor auch nicht das perfecte Rechtsgeſchäft des Dominus ſelbſt; vgl. oben § 25.

Und hienach kann der Inhalt der vorſtehenden Ausführungen dahin reſumirt werden: Die vom Negotiorum Geſtor vorgenommene Handlung bildet ein Stück des durch Ratihabition zu perficirenden Rechtsgeſchäfts, ſie begründet ein imperfectes, bis zum Eintritt der Ratihabition pendentes Rechtsverhältniß. Und zwar iſt dieſes Rechtsverhältniß begründet nicht in der Perſon des Geſtor, ſondern direct in der Perſon des Principals. Der Principal hat alſo durch die Thätigkeit des Geſtor ein pendentes Rechtsverhältniß erworben.

Weil aber dieſes Rechtsverhältniß ſofort dem Principal angehört, iſt die Fortdauer desſelben auch unabhängig von dem Willen des Geſtor und etwa an demſelben betheiligter Dritter. Denn Niemand kann in der Regel über fremde Rechtsverhältniſſe verfügen. Dem widerſpricht es nicht, daß unter Umſtänden der Geſtor kraft der Geſtio bevollmächtigt erſcheint, dieſe pendenten Rechtsgeſchäfte aufzuheben; dies iſt eben eine beſondere ihm vom Recht zuzugeſtehende Vollmacht, und ſoweit ihm dieſelbe nicht kraft ſeiner Vertretung ertheilt iſt, kann er die einmal begründete Situation nicht wieder hinwegſchaffen.

Auf Grund dieſer Anſchauung von der Natur der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio wird nun noch die Frage zu erörtern ſein, inwieweit auf dieſes für den Dominus beſtehende pendente Rechtsverhältniß beſondere vor der Ratihabition eintretende Zwiſchenfälle Einfluß nehmen können.[285])

---

[285]) Zimmermann (a. a. O. § 7) gewinnt, wie bereits erwähnt, die Baſis für die Behandlung dieſes mittlerweiligen Verhältniſſes dadurch, daß er nachzuweiſen ſucht, das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters ſei ein abgeſchloſſenes, nur noch von der Bedingung der Ratihabition abhangiges, führe daher eine unverkümmerbare Situation für den Dominus herbei, auf dieſe Vorausſetzung ſtützt Zimmermann ſeine weitere Entwicklung. So ſehr die Gründlichkeit und Beſonnenheit von Zimmermann's Ausführungen anerkannt werden muß, ſind wir — abgeſehen davon, daß wir denſelben in der Hauptſache nicht beitreten können — doch der Anſicht, daß dieſe Argumentation eine zu aprioriſtiſche iſt, um die Richtigkeit ſeiner Behauptungen zu beweiſen. Denn aus theoretiſchen Conſtructionen die poſitive Behandlung eines Rechtsinſtituts a priori ableiten zu wollen, iſt, wie wir bereits

§ 28.

Einfluß von Zwiſchenfällen auf die Möglichkeit der Ratihabition.

a) Tod.

I. Stirbt der Negotiorum Geſtor, ehe das von ihm vorgenommene Rechtsgeſchäft ratihabirt wird, ſo kann die Ratihabition nichtsdeſtoweniger unbehindert erfolgen. Denn wie bereits betont, beruht die Wirkung der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio nicht auf einem in der Perſon des Geſtor erzeugten Rechtsverhältniß, ſondern der Rechtskeim liegt in der Perſon des Dominus, iſt daher von dem Fortleben des Geſtor vollkommen unabhängig. Dies wird denn auch nicht mehr bezweifelt und iſt bereits in den römiſchen Quellen beſtimmt und allgemein ausgeſprochen in der bekannten

l. 24 D. R. R. H. 46, 8.

II. Auch der Tod des Dritten, der mit dem Negotiorum Geſtor contrahirt, verſchlägt der Ratihabitionsmöglichkeit nichts. Denn hatte der Dritte ſich dem Dominus bereits verbindlich gemacht, ſo kann dieſe Gebundenheit durch ein in ſeiner Perſon eintretendes Ereigniß nicht aufgehoben werden. War aber das mit dem Geſtor geſchloſſene Rechtsgeſchaft für den Dritten ein ihn berechtigendes, ſo hatte er durch die Vornahme desſelben einen Rechtskeim, ein (durch die Vornahme der Ratihabition) bedingtes Recht in ſeiner Perſon begründet, welches gewiß auch auf ſeine Erben übergehen kann.[284])

---

im I. Capitel dieſes Buches § 10—12 geſehen haben, immer eine äußerſt mißliche Sache. Die Richtigkeit der Conſtruction iſt eben nur aus concreten Rechtsſätzen herzuleiten — ex jure regula! — und gerade dieſe ſollen erſt geſucht werden. Uns ſcheint deshalb das allein Thunliche das, daß jene Rechtsſätze, welche heutzutage allgemein feſtſtehen, als Baſis angenommen und von hier aus die weiteren Conſequenzen gezogen werden. Solche Sätze ſind aber bei der Mangelhaftigkeit des Quellenmaterials nur die im Text angegebenen: daß die Handlung des Geſtor für den Dominus ein pendentes Rechtsverhältniß erzeugt, in welches der Dominus durch Ratihabition eintreten kann, und daß dieſes Rechtsverhältniß, wenigſtens dritten Perſonen gegenüber, unbedingt geſchützt wird. Dieſe Rechtsſätze können heutzutage als feſtſtehend angenommen werden und auf dieſer Baſis werden wir die weiteren Folgerungen der Natur der Sache entſprechend zu entwickeln trachten.

[284]) Man konnte dem mit der Behauptung entgegentreten wollen, daß nur fertige Rechtsverhältniſſe auf die Erben übergehen, nicht auch unfertige. Daß aber dieſe Behauptung viel zu allgemein wäre, um in dieſer Frage beweiſen zu können, ergibt ſchon ein Hinblick auf die Verbindlichkeit bedingter Rechtsgeſchäfte.

III. Beſtritten iſt es hingegen, ob auch der Tod des Dominus das Ratihabitionsrecht unberührt läßt.

Wer das vom Negotiorum Geſtor vorgenommene Rechtsgeſchäft als ein abgeſchloſſenes und die durch dasſelbe begründete Rechtslage als eine für den Dominus unverkümmerbare anſieht, der muß conſequent zu der Anſicht gelangen, daß das Ratihabitionsrecht ein erworbenes iſt, welches auch auf die Erben des Berechtigten übergeht.

Dies iſt denn auch die Anſicht Zimmermann's, ſowie einer bedeutenden Anzahl der Schriftſteller[385]), während Andere den Erben des Dominus gar kein Recht zuſprechen, die Ratihabition nach deſſen Tod zu vollziehen, weil vor der Ratihabition ihr Erblaſſer noch kein feſtes transmittirbares Recht aus dem Geſchäfte des Geſtor erlangt habe.[386])

Letzteres Argument iſt nun allerdings nicht ſtichhältig, weil es eben durch nichts bewieſen iſt, daß das Recht des Dominus vor der Ratihabition noch kein feſtes ſei. Ein perfectes iſt es allerdings nicht, daß aber auch imperfecte Rechte in dem Sinne erworben ſein können, daß ſie auf die Erben transmittirt werden, lehrt, wie bereits angedeutet, ein Blick auf die bedingten Rechtsgeſchäfte.

Aber auch die entgegenſtehende Anſicht Zimmermann's ſcheint mir nicht genügend begründet, weil, wie bereits oben (S. 208 flg.) ausgeführt wurde, eben das „unverkümmerbare Recht" des Dominus an der vom Geſtor geſchaffenen Sachlage eine Aufſtellung iſt, für welche ein genügender Beweis noch ausſteht.

Meines Erachtens muß zur Löſung dieſer Frage in erſter Linie unterſchieden werden, ob das Geſchäft, welches vom ſtellvertretenden Negotiorum Geſtor vorgenommen wurde, in den beſtehenden Umfang des Vermögens des Principals einſchlägt oder nicht; mit anderen Worten: Ob ſich dasſelbe objectiv als ein Geſchäft des Principals darſtellt oder nicht.

I. Iſt das Geſchäft noch nicht objectiv ein negotium domini, z. B. der Geſtor nimmt eine dem Dominus fremde Sache in Beſitz oder läßt ſich ein Verſprechen für ihn machen, dann muß, glaube ich, feſtgehalten werden, daß der Wille des Geſtor, dem Dominus durch das

---

[385]) Zimmermann a. a. O. S. 233 ff. Seuffert S. 26, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI. S. 233, Not. 206, Regelsberger krit. Vjſchr. XI. S. 371, Brinz Pand. S. 1622.

[386]) So Buchka S. 211, Vangerow III. S. 295, früher auch Brinz krit. Bl. II. S. 240, Curtius S. 107.

von ihm vorgenommene Geſchäft einen Vermögensvortheil zuzuwenden, ſich nur auf die Perſon des Dominus ſelbſt, nicht auch auf deſſen Erben bezieht. Man muß eben bedenken, daß in derartigen Fällen die Thätigkeit des Geſtor dem Dominus gegenüber eine rein lucrative perſönliche Dienſtleiſtung iſt, welche derſelbe durchaus nicht Jedermann, ſondern im Zweifel nur der Perſon des zu Begünſtigenden zugedacht hat. Dies wird ganz klar bei einſeitigen Erwerbsacten, die der Negotiorum Geſtor ebenſogut für ſich als für den Dominus hätte machen können. Hier iſt es offenbar, daß der Negotiorum Geſtor auf den eigenen Erwerb vielleicht nur aus dem Grunde verzichtet hat, um gerade der Perſon des Dominus denſelben zukommen zu laſſen, und daß er gar kein Intereſſe daran hat, auch zu Gunſten der Erben den eigenen Vortheil aufzugeben.[287]) Derſelbe Geſichtspunkt kann aber auch bei zweiſeitigen Erwerbsgeſchäften vorliegen; ja es tritt hier zu demſelben noch das Intereſſe des dritten Contrahenten hinzu, welchem es möglicherweiſe durchaus nicht gleichgiltig iſt, ob er ſtatt des ihm ſehr vertrauenswürdigen Principals deſſen vielleicht minder vertrauenswürdige Erben zu Contrahenten erhält.[288])

Hiegegen vermag auch das Argument Zimmermann's nicht aufzukommen, wonach die Ratihabition ein eigenthümliches Recht des Principals iſt. Möchte dies ſelbſt zugeſtanden werden, ſo reicht doch dieſes Recht keinenfalls weiter, als der Wille des Geſtor dem Principal dasſelbe einräumt, dies geſchieht aber nach dem Geſagten eben nur für ſeine Perſon, nicht auch für die Erben.

II. Iſt aber das vom Negotiorum Geſtor vorgenommene Geſchäft bereits objectiv ein Negotium des Dominus, dann geht das Ratihabitionsrecht auch auf ſeine Erben über. Denn in dieſem Falle iſt das Ratihabitions-

[287]) So daß man mit einer Variation der l. 1 pr. D. de mort. ea. don. 39, 6 ſagen kann: magis habere vult hunc cuius negotia gerit quam se, magisque se quam heredes illius. Er könnte z. B. bei der entgegengeſetzten Anſchauung in die Lage kommen, einen Concurrenten zu unterſtützen u. ſ. f.

[288]) Allerdings iſt es richtig, daß der Dritte nach Vollendung des Geſchäfts im Erbgang es ſich doch gefallen laſſen müßte, ſtatt des Principals deſſen Erben zu Compaciscenten zu erhalten. Es iſt aber ein großer Unterſchied, ob man nach erfolgter Perfection eines Vertrags durch den Tod einen ſoliden Schuldner verliert, oder ob man ſich bei einem erſt zu perficirenden Geſchäft ſtatt des erwarteten ſoliden Schuldners eine ſuspecte Perſönlichkeit aufdrängen laſſen muß.

Stirbt der dritte Contrahent (wie im Fall sub II), ſo iſt natürlich dieſer Geſichtspunkt kein Hinderungsgrund für das Ratihabitionsrecht des Dominus, weil derſelbe ja, im Falle ihm die Erben des Tertius nicht conveniren, zur Ratihabition nicht gezwungen iſt.

recht bereits in der Herrſchaft über das vom Negotiorum Geſtor tangirte Vermögen gegründet und muß auf den jeweiligen Herrn dieſes Vermögens übertragen werden.

Die Gründe hiefür werden klar werden, wenn wir, was ohnedies zur Vollſtändigkeit dieſer Ausführung gehört, feſtſtellen, welche Rechtsgeſchäfte zu der erſteren, welche zu der zweiten der hier unterſchiedenen Kategorien gehören.

Hiefür muß uns die Lehre vom negotium alienum bei der Negotiorum Geſtio maßgebend ſein und glaube ich bei dem heutigen Stande dieſer Lehre auf die meines Erachtens vollkommen zutreffenden Ausführungen von Monroy[288]) zurückgehen zu dürfen.

Monroy präciſirt den Begriff des objectiven negotium alienum dahin, daß ein ſolches nicht ſchon dann vorliege, wenn der Geſtor einen Vertrag über Gegenſtände eines fremden Vermögens abgeſchloſſen habe. Denn da nichts entgegenſteht, daß Jemand über fremdes Vermögen auch im eigenen Namen contrahire, kann ein ſolcher Vertrag wegen der Angehörigkeit ſeines Objects zu einer fremden Rechtsſphäre nicht ſofort ſeiner Qualität als Proprevertrag entkleidet und vom Dominus attrahirt werden. Es genügt alſo zur Anerkennung eines objectiven negotium alienum noch nicht, daß etwa eine fremde Sache verkauft oder vermiethet worden iſt, vielmehr können dieſe Verträge noch immer als eigene des Verkäufers oder Vermiethers angeſehen werden Es iſt vielmehr zum Beſtande des negotium re ipsa alienum nach Monroy erforderlich, daß ein ſolches Recht über ein fremdes Vermögensſtück ausgeübt worden ſei, deſſen Ausübung nur dem Eigenthümer als ſolchen zuſtand, daß alſo der Geſtor in Beziehung auf den Gegenſtand ſeines Vertrags nicht blos als Contrahent, ſondern auch als Disponent aufgetreten ſei, wie dies z. B. bei dinglicher Veräußerung fremder Sachen, Einziehung fremder Forderungen, proceſſualer Geltendmachung fremder Rechte der Fall iſt. Die Angehörigkeit ſolcher Rechtsacte zum Vermögen des Dominus iſt nämlich eine ſo entſchiedene und ausſchließliche, daß dieſer gegen Denjenigen, der dieſelben unbeauftragt ausgeübt hat, ſeine Rechte als Eigenthümer vermittelſt der actio negotiorum gestorum wahren kann.

Dieſe Unterſcheidung, welche Monroy zunächſt nur für die innere Seite des Verhältniſſes zwiſchen Dominus und Geſtor aufſtellt, iſt meines Erachtens auch für die äußere Seite, nämlich für das Eintrittsrecht der Erben des Dominus bei ſtellvertretender Negotiorum Geſtio maßgebend.

[288]) Die vollmachtsloſe Ausübung § 9.

Sind nämlich die vom Geſtor vorgenommenen Geſchäfte keine ſolchen, welche blos vom Eigenthümer eines gewiſſen Vermögensobjects vollzogen gedacht werden können, ſondern welche auch ein Fremder vornehmen kann, ſo iſt das Ratihabitionsrecht des Dominus in ſeiner Eigenſchaft als Eigenthümer dieſes Vermögensobjects noch nicht begründet, ſondern dasſelbe könnte blos daher abgeleitet werden, daß das Geſchäft vom Geſtor auch wirklich auf den Namen des Dominus geſtellt wurde, daß dasſelbe alſo ſubjectiv, kraft des Willens des Geſtor ein negotium domini war. Denn der Geſtor wäre auch berechtigt geweſen, das Geſchäft auf ſeinen eigenen oder auf den Namen eines Dritten zu ſtellen, ohne daß Dominus dasſelbe durch Ratihabition hätte an ſich ziehen können.

Hätte z. B. G (Geſtor) einen Acker des D im eigenen Namen verpachtet, ſo wäre D nicht ohne Weiteres befugt, dieſe Verpachtung für ſich in Anſpruch zu nehmen Sein Eigenthum an dieſem Acker berechtigt ihn noch nicht, denſelben allein und ausſchließlich zu verpachten. Klar iſt demnach, daß wenn G den Acker im Namen des D verpachtet hat, auch die Erben des D als Eigenthümer des Fundus noch nicht berechtigt ſind, dieſe Verpachtung für ſich zu reclamiren; denn ſo weit reicht eben die Wirkung des Eigenthumsrechtes nicht. Aber auch kraft der ſubjectiven Willensrichtung des Geſtor können ſie dies nicht thun, da dieſelbe eben, wie früher gezeigt, ſich im Zweifel auf die Erben nicht miterſtreckt. Sie können daher überhaupt nicht ratihabiren.

Ganz anders liegt die Sache, wenn das Geſchäft in dem oben bezeichneten Sinn objectiv ein Negotium des Dominus iſt. In dieſem Fall könnten die Erben nach allgemein anerkannten Grundſätzen auch dann die Ratihabitionserklärung ausſprechen, wenn die Verfügung des Negotiorum Geſtor überhaupt nicht im Namen des Dominus, ſondern in ſeinem eigenen oder im Namen eines Tertius erfolgt wäre. Hätte z. B. der Geſtor eine Forderung des Dominus unter deſſen Namen (als falsus procurator)[209]) eingezogen, ſo könnten die Erben des Dominus das Incaſſo zweifelsohne an ſich ziehen. Umſomehr müſſen ſie dies können, wenn das Incaſſo von einem echten Negotiorum Geſtor vorgenommen worden iſt, und zwar hat in dieſem letzteren Falle das Ratihabitionsrecht der Erben nicht blos die Wirkung, daß der Geſtor ihnen zur Herausgabe

[209]) Vgl. Zimmermann, achte und unächte Negotiorum Geſtio S. 30, Anm. 45. Im Einzelnen iſt freilich die Frage, wann Jemand als objectiver Dominus ein Geſchäft an ſich ziehen könne, oft ſehr ſchwierig zu entſcheiden; vgl. Monroy S. 90—152.

desſelben obligatoriſch verpflichtet wird, ſondern da das Zahlungsgeſchäft auch nach außen hin als Rechtsgeſchäft des Dominus abgeſchloſſen war, ſomit für ihn ein pendentes Eigenthum am Incaſſo erzeugte, hat die Ratihabition hier auch den Effect, daß die Erben des Dominus als deſſen Rechtsnachfolger Subjecte des Solutionsvertrags werden, ſomit unmittelbar Eigenthum an dem Incaſſo erwerben.[291])

In dieſem Sinne iſt die Frage, ob der Tod des Vertretenen das Ratihabitionsrecht ausſchließe oder nicht, zu beantworten. Hiemit ſtimmen denn auch die Ausſprüche der Quellen vollkommen überein. Es handeln nämlich jene Stellen, welche für die angebliche abſolute Ratihabitionsbefugniß der Erben angeführt werden, nämlich

l. 22 § 6 D. R. R. H. 46, 8, und

l. 58 § 1 D. de sol. 46, 3,

beide von Bezahlung bereits begründeter Forderungen des Dominus an den Negotiorum Geſtor. Daß die Erben dieſe Bezahlung ratihabiren können, rührt aber nur daher, daß ſie in das Vermögen des Dominus eingerückt ſind, zu welchem dieſe Forderungen gehörten, und die Einziehung von Forderungen lediglich dem Gläubiger zuſteht. Ihr Ratihabitionsrecht rührt alſo hier daher, daß ſie objective Domini ſind. Und dasſelbe gilt auch von der von Zimmermann ebenfalls als Argument für ſeine Anſicht angeführten

l. 18 D R. R. H. 46, 8 [292]) [293])

[291]) Dies muß arg l. 58 § 1 D. de sol angenommen werden.

[292]) Vgl. hiezu Regelsberger krit. Vjſchr XI. S. 367. Gar nicht hieher gehört die bekannte

l. 7 D. R. R. H. 46. 8.

Si is, cui ignoranti petita est bonorum possessio, decesserit, heres eius intra tempora petitionis ratam eam habere non potest.

Denn dieſe Stelle beſagt nur ſo viel, daß, wenn die ſubjectiven Vorausſetzungen des Hauptgeſchäfts (im vorliegenden Falle die Delation) auf die Erben nicht übergehen, ſelbſtverſtändlich auch von einem Ratihabitionsrecht derſelben an der ſtellvertretenden Handlung des Negotiorum Geſtor keine Rede ſein kann. Hieraus aber ein argumentum a contrario machen zu wollen, wie Zimmermann a. a. O. S. 237 (vgl auch Windſcheid Pand. I. § 74, Not. 4) thut, halte ich für vollkommen unzuläſſig.

[293]) Ganz verfehlt iſt die Behandlung dieſer Partie bei Hellmann S. 218 flg. Dieſer betrachtet die ganze Sache lediglich vom Standpunkt der Offerte des dritten Contrahenten an den ſtellvertretenden Geſtor, entſprechend ſeine Grundauffaſſung, daß der Stellvertreter überhaupt juriſtiſch nicht handelt. Er behauptet demnach 1. der Tod des dritten Contrahenten iſt wirkungslos, wenn man annimmt, daß

b) Verluſt der Handlungsfähigkeit.

Der Verluſt der Handlungsfähigkeit iſt, wenn er in der Perſon des Geſtor oder des dritten Contrahenten eintritt, jedenfalls ebenſo wirkungslos wie der Tod. Wird der Vertretene handlungsunfähig, ſo geht dadurch ſein Ratihabitionsrecht natürlich noch nicht eo ipso verloren, weil ja an ſeiner Rechtsfähigkeit nichts geändert wird; die Ratihabition muß dann vom Curator ausgeübt werden. Indeſſen kann eine Veränderung in der Situation des Dominus durch eintretende Handlungsunfähigkeit doch inſofern erfolgen, als der Curator unter Umſtänden zur Vornahme gewiſſer Geſchäfte nicht legitimirt erſcheinen wird, welche Dominus perſönlich hätte vornehmen können. So z. B (wenigſtens nach der Meinung einiger Schriftſteller) zur Antretung von Erbſchaften.[294]) Für ſolche Geſchäfte kann der Curator auch eine Ratihabitionserklärung nicht ausſtellen.

c) Concurs.

Der Concurs des Geſtor iſt natürlich für das Ratihabitionsrecht des Principals völlig unmaßgeblich. Ebenſo der Concurs des Tertius, aus denſelben Gründen wie deſſen Tod der Genehmigung keinen Abbruch thun kann. Bis der Dominus ratihabirt, iſt das für ihn intendirte Recht im Concurſe des Tertius einem ſuſpenſiv bedingten gleichzuhalten[295]); der Tertius iſt dem Dominus unter der Bedingung der Ratihabition ſchon jetzt verpflichtet.

Fällt aber der Dominus in Concurs, ſo iſt Folgendes zu bemerken.

1. Geſchäfte, die den Principal obligatoriſch verpflichten, ſei es nun pure, ſei es gegen Empfang einer Gegenleiſtung, können die Concurs-

die Offerte die Erben bindet; wenn man von der gegentheiligen Meinung ausgeht, befreit er die Erben von jeder Gebundenheit 2. Beim Tode des Vertretenen iſt das Ratihabitionsrecht der Erben dann anzuerkennen, wenn der dritte Contrahent ſeine Offerte eventuell auch an die Erben des Verſtorbenen gerichtet hatte; andernfalls nicht. Dieſe Anſicht aber iſt 1 falſch, denn namentlich, was die Entſcheidung ad 1 betrifft, iſt es eben ganz unrichtig, daß das Geſchäft des Stellvertreters juriſtiſch gar keine Handlung iſt, ſondern nur eine Offerte des dritten Contrahenten enthält. Sie iſt 2. einſeitig, denn es handelt ſich nicht blos um Verträge, ſondern auch um andere Rechtsgeſchäfte, z. B. Proceſſe, einſeitige Acte, welche von Hellmann gar nicht berückſichtigt werden, ſie iſt 3. praktiſch unanwendbar; denn wann richtet der dritte Contrahent ſeine Offerte auch auf die Erben des Dominus und wann nicht?

[294]) Arndts Pand. § 538.

[295]) Alſo findet auf intendirte Forderungsrechte § 60 der R. C. O. (öſterr. C. C. O. § 16) Anwendung.

gläubiger keinesfalls ratihabiren. Denn hiedurch würden ſie den Principal verpflichten, und dies ſteht ihnen gegen ſeinen Willen nicht zu. Natürlich kann aber der Principal dieſe Geſchäfte ſelbſt ratihabiren, nur darf er ſeinerſeits wieder nicht durch dieſe Ratihabition die Maſſe verpflichten oder verringern.

2. Zweifelhafter iſt die Sache bei reinen Erwerbsgeſchäften und bei ſolchen Rechtshandlungen, durch welche über das Maſſevermögen in nicht obligatoriſcher Weiſe verfügt wird.[296]) Hier wird Zimmermann[297]) durch ſeine Anſicht, daß der Dominus vermöge der Handlung des Negotiorum Geſtor bereits ein unerſchütterliches Recht zur Ratihabition habe, wieder zu der Conſequenz geführt, dieſes Recht für transmiſſibel zu erklären und auf die Concursgläubiger übergehen zu laſſen. Zimmermann hält daher die Concursgläubiger für berechtigt, im Namen des Dominus reine Erwerbsgeſchäfte zu ratihabiren.

Auch in dieſer Hinſicht kann Zimmermann meines Erachtens nicht beigetreten werden.

Es iſt vielmehr auch hier wieder die Unterſcheidung feſtzuhalten, ob das vom Geſtor vorgenommene Rechtsgeſchäft objectiv ein Negotium des Dominus war oder nicht. Die Gründe dafür ſind dieſelben, mit welchen wir dieſe Unterſcheidung auch bei der Frage der Vererblichkeit motivirt haben. Iſt das Negotium objectiv Negotium des Dominus, ſo ſind die Concursgläubiger auch als objective Domini ratihabitionsberechtigt; andernfalls kann das Ratihabitionsrecht, da dasſelbe nur in der Perſon des Dominus als imperfectes Recht beſteht, ſomit nicht in die Concursmaſſe gehört, von ihnen nicht ausgeübt werden, ſondern nur vom Dominus. Ob dann der von ihm durch die Ratihabition gemachte Erwerb in die Maſſe fällt, iſt nach den Grundſätzen über die Einbeziehung eines während des Concurſes vom Gemeinſchuldner gemachten Neuerwerbs in die Cridamaſſe zu beurtheilen.

d) Verluſt der concreten Dispoſitionsbefugniß.

Es erübrigt uns noch die Frage zu beantworten, welche Wirkung auf die Möglichkeit der Ratihabition dadurch ausgeübt wird, daß eine der am Rechtsgeſchäft des Negotiorum Geſtor betheiligten Perſonen vor der Ratihabition die Befugniß verliert, die ihr kraft des Rechtsgeſchäfts zugedachte Verfügung über den Gegenſtand deſſelben auszuüben.

[296]) Z. B. Encaſſirung von Maſſeforderungen, Proceßführung für die Maſſe u. ſ. f

[297]) a. a. O. S. 243.

Vorausgeſetzt werden alſo hier immer Rechtsgeſchäfte, welche eine Verfügung über ein concretes Vermögensobject, z. B Veräußerung einer Sache, Einziehung einer Forderung u. ſ. f. enthalten, und ferner wird vorausgeſetzt, daß jene der drei in Frage kommenden Perſonen — Geſtor, Tertius und Dominus — welche dieſe Verfügung treffen ſoll, die concrete Dispoſitionsbefugniß über das betreffende Vermögensobject vor Eintritt der Ratihabition verliert.

I. In der Perſon des Geſtor kann dieſer Fall in der Art vorkommen, daß der Geſtor über ein eigenes Vermögensobject, im Namen des Principals verfügt, z. B. er veräußert ein eigenes Grundſtück im Namen des Principals, und dann dasſelbe Vermögensobject vor erfolgter Ratihabition an einen Vierten überträgt.

Hier ſtellt Zimmermann (S. 246) die Anſicht auf, daß der Geſtor, da er an die im Namen des Principals vorgenommene Handlung unbedingt gebunden ſei und dieſelbe keinesfalls widerrufen könne, auch durch eine an einen Dritten vorgenommene Veräußerung den Rechten des Principals keinen Abbruch thun könne, daß alſo eine ſolche Veräußerung bei nachfolgender Ratihabition vollkommen wirkungslos bleibe.

Dieſe Anſicht ſteht und fällt mit der unbedingten Gebundenheit des Geſtor. Wir, die dem Geſtor nach Umſtänden die Vollmacht einräumen, ſeiner Geſtio eine andere Directive zu geben und demgemäß die mit Dritten geſchloſſenen Verträge wieder aufzuheben, müſſen daher unterſcheiden:

1. Der Geſtor nimmt die zweite Verfügung ohne Einverſtändniß des dritten Contrahenten vor. Hier iſt es richtig, daß der Geſtor ohne Einwilligung des Dritten von dem im Namen des Principals geſchloſſenen Rechtsgeſchäft nicht zurücktreten darf; denn ſowie er den Dritten dem Principal verpflichtet hatte, ſo iſt auch er dem Dritten Namens des Principals an das Geſchäft gebunden. Seine mittlerweile erfolgte dem erſten Geſchäft widerſprechende Verfügung über jenes Vermögensobject kann daher den auch für den Dritten geſchaffenen Rechtskeim nicht zerſtören, iſt alſo wirkungslos.

2. Der Geſtor hatte das erſte Geſchäft im Einverſtändniß mit dem Dritten aufgehoben, u. zw. in der Weiſe, daß er hiezu als Negotiorum Geſtor bevollmächtigt war, oder dem Dritten wenigſtens erſcheinen mußte; z. B. G hatte urſprünglich von T ein Darlehen für D aufgenommen und ihm hiefür ein ihm, dem G gehöriges Grundſtück verpfändet. Nachträglich hält er es im Intereſſe des D für gerathen, von dieſem Credit-

vertrag abzugehen, trifft mit T die diesbezügliche Vereinbarung und veräußert nun das Grundstück. Da G zu dieser Operation vermöge seiner allgemeinen Vollmacht als Negotiorum Gestor ermächtigt ist, erscheint hier der erste Vertrag durch den contrarius consensus vollkommen aufgehoben, und ist daher auch die zweite Veräußerung unanfechtbar.

3. Der Gestor hatte das erste Geschäft in unerlaubter Weise aufgehoben, z. B. er erachtet es nach Abschluß des im früheren Beispiel erwähnten Creditvertrages in seinem eigenen Interesse für gerathen, das Grundstück lieber für sich zu veräußern, theilt dies dem dritten mit und hebt nun den Vertrag auf. Hier ist nach dem oben (S. 223) Gesagten die Aufhebung des ersten Vertrags dem Principal gegenüber wirkungslos, derselbe kann daher das ihm einmal verschaffte pendente Rechtsverhältniß immer noch durch Ratihabition perficiren. Thut er dies, so wirkt seine Ratihabition auf den Moment der ersten Verfügung zurück, und diese geht daher der zweiten, ihr widersprechenden Verfügung vor.

II. Hatte der dritte Contrahent Verfügungen getroffen, welche mit dem Contracte des stellvertretenden Negotiorum Gestor in Widerspruch stehen, so kommt der Grundsatz zur Geltung, daß der Tertius durch den Vertrag mit dem Gestor sich bereits provisorisch gebunden hat und sich von dieser Gebundenheit weder direct noch indirect, durch entgegenstehende Dispositionen befreien kann, wie dies deutlich ausgesprochen ist in

l. 24 D de N. G. 3, 5.

potest .. creditor etiam invito me ratum habendo, pecuniam suam facere;

es ist also solchenfalls die mittlerweilige Verfügung der etwa nachfolgenden Ratihabition gegenüber wirkungslos.

III. Hat der Principal sich des Gegenstandes, über den er im Sinne des Gestor hätte verfügen sollen, mittlerweile entäußert, so ist zu unterscheiden, ob diese Entäußerung gegenüber dem Tertius selbst oder gegenüber einem Vierten geschah.

1. Hat der Principal vor erfolgter Ratihabition sich des Gegenstandes, über welchen der Gestor verfügt hatte, zu Gunsten eines unbetheiligten Vierten entäußert, so geht zunächst das Recht, über diesen Gegenstand zu disponiren, für ihn verloren und auf den neuen Berech-

[308]) Diese Unterscheidung wird übersehen von Zimmermann a. a. O. S. 248. Die Verfügungen, von welchen Zimmermann S. 248, 249 spricht, sind gar keine Ratihabition einer stellvertretenden Negotiorum Gestio, sondern bloßer Consens des dinglich Berechtigten zu Verfügungen über seine Sache.

tigten über. Hat z. B. der Geſtor ein Pfandrecht an einer Sache beſtellt und der Dominus ſich derſelben vor der Genehmigung begeben, ſo kann die Ratihabition der Pfandbeſtellung nun nicht mehr durch ihn, wohl aber durch den neuen Eigenthümer kraft des dieſem nunmehr zuſtehenden Rechts erfolgen.[299]) Hatte der Dominus eine an den Geſtor gezahlte Forderung cedirt, ſo geht die Befugniß, die Zahlung als auf die Forderung geſchehen und demnach die Forderung für getilgt zu halten, dem Dominus verloren und auf den Ceſſionar über.[300])

In ſolchen Fällen erlangt alſo der Vierte als nunmehriger objectiver Dominus die Befugniß, dem vom Geſtor vorgenommenen Geſchäft die beabſichtigte rechtserzeugende oder rechtsvernichtende Wirkung (Pfandrecht, Schuldbefreiung u. ſ. f.) gegenüber dem Tertius zu verleihen.

Aber mehr noch; der Vierte erlangt auch als objectiver Dominus das Recht, ſich das, wenn auch nicht auf ihn geſtellte Geſchäft des Geſtor anzueignen. Hat alſo Geſtor die an den Vierten cedirte Forderung ſich zahlen laſſen, ſo kann dieſer ſich durch Ratihabition in den Beſitz des Incaſſo ſetzen; hatte jener über die Forderung einen Proceß geführt, ſo kann Quartus unter Nachweis ſeiner Legitimation denſelben ratihabiren.[301])

2. Hat der Dominus vor der Ratihabition nicht zu Gunſten vierter Perſonen, ſondern gegenüber dem Dritten ſelbſt, der mit dem Geſtor contrahirte, über den Gegenſtand jenes Rechtsgeſchäfts disponirt, ſo bleibt natürlich ſein Ratihabitionsrecht intact.

Der Fall läßt ſich z. B. in der Art denken, daß Geſtor von Tertius ein Guthaben des Dominus eincaſſirt hatte und D vor der Ratihabition und von dieſem Incaſſo nicht wiſſend[302]) die Schuld einem Stellvertreter des T erlaſſen hatte. Für dieſen Fall entſcheidet

---

[299]) Der neue Eigenthümer erlangt hier das Ratihabitionsrecht nur als Ausfluß ſeines Eigenthumsrechts, und nicht kraft einer „Uebertragung" ſeitens des früheren Berechtigten, ſowie auch dieſer ſein Genehmigungsrecht nicht durch einen „Verzicht", ſondern eben von ſelbſt durch den Verluſt ſeines Eigenthums verliert. Unrichtig iſt daher die Einmiſchung dieſer Geſichtspunkte bei Zimmermann a. a. O. S. 248 249.

[300]) Nur bleibt Dominus ratihabitionsberechtigt inſofern, als der Schuldner ſich durch Zahlung an ihn auch nach erfolgter Ceſſion noch befreien kann, alſo bis zur Denunciation.

[301]) Dies muß arg. l. 58 § 1 D de sol. behauptet werden.

[302]) Denn andernfalls liegt natürlich ein Verzicht auf die Ratihabition vor, ſ. Zimmermann, S. 250.

l. 71 § 2 D. de sol. 46, 3

daß D ſich dieſe Zahlung an den Geſtor immer noch aneignen kann, was dann die Wirkung hat, daß dieſelbe ihm unanfechtbar verbleibt, und der nach der Zahlung erfolgte Liberationsvertrag gegenſtandlos wird.

Dieſe Entſcheidung iſt nicht, wie Zimmermann (S. 251) meint, eine befremdliche; ſie iſt vielmehr vollkommen aus der Natur der Sache geſchöpft. D hatte durch die Zahlung an G ein pendentes Recht auf Erwerb der gezahlten Summe erlangt. Dieſes Recht muß ihm bleiben, ſo lange er nicht mit Bewußtſein auf dasſelbe verzichtet hat. Erläßt er daher, ohne letzteres zu thun, die Schuld an einen Stellvertreter des T, ſo erläßt er eine Schuld, welche ſchon als gezahlt betrachtet werden muß, ſo bald nur D will, er will ja nur erlaſſen, was noch nicht gezahlt iſt, nicht auch die ſchon geſchehene Zahlung zurückgeben; es trägt daher der ganze Schulderlaß den Keim der Nichtigkeit von vornherein in ſich. Es erſcheint alſo vollkommen conſequent, die Ratihabition hier mit voller Wirkſamkeit zu Gunſten des D eintreten zu laſſen

Ebenſo müßte entſchieden werden, wenn G eine Sache des D an T für 10.000 verkauft hätte und nachher würde D, ohne dies zu wiſſen, dieſe Sache einem Generalbevollmächtigten des T für 9000 verkaufen. Auch hier wird D das Recht nicht verlieren, den erſten Kauf durch Ratihabition zur Geltung zu bringen, und hiemit die Wirkungsloſigkeit des zweiten Verkaufs zu entſcheiden.[308])

3. Endlich iſt noch die Einwirkung einſeitiger Dispoſitionen auf das Ratihabitionsrecht zu berühren. Z. B. der Principal vereinquirt eine Sache, welche der Geſtor veräußert hat. Hier iſt nicht zu überſehen, daß die Fähigkeit zur Veräußerung ein Ausfluß des Eigenthumsrechts iſt. Der Principal hat dieſe Fähigkeit nur ſo lange, als er Eigenthümer iſt; verliert er das Eigenthum, ſo iſt auch die Ratihabition einer vom Geſtor früher vorgenommenen Veräußerung für ihn nicht mehr möglich. Die entgegenſtehende Entſcheidung von Zimmermann (S. 254) verwechſelt die beiden verſchiedenen Functionen, welche, wie Girtanner und Seuffert gezeigt haben, der Ratihabition zukommen können: Aneignung eines fremden Rechtsgeſchäfts und Zuſtimmung des dinglich Berechtigten zu einer Verfügung über ſeine Sache. Letztere wäre es, die im obigen Beiſpiele hervorzutreten hätte, um das Rechtsgeſchäft wirkſam zu machen; denn es handelt ſich nicht darum, ob der D. als Veräußerer erſcheint,

[308]) Zimmermann S. 253.

ſondern darum, ob ſeine Veräußerung eine wirkſame iſt. Zum Veräußerer kann er ſich natürlich trotz erfolgter Dereliction immer noch machen; aber ſeine Veräußerung iſt wirkungslos, weil er dazu nicht mehr berechtigt iſt; ſie iſt nur geeignet, ihn obligatoriſch zu verpflichten.

§ 29.

Von der Rückwirkung der Ratihabition.

Ein nothwendiges Corollar zur Gebundenheit des Geſtor und des Tertius an das für den Principal vorgenommene Geſchäft bildet nun dasjenige, was man gewöhnlich die Rückwirkung der Ratihabition zu nennen pflegt.

Da nämlich der Geſtor eben darum für den Dominus eingegriffen hat, um rechtliche Wirkungen für denſelben ſofort ſicherzuſtellen, ſo entſpricht es ſeiner Abſicht, wenn man dieſe Wirkungen, dafern ſie überhaupt durch Ratihabition bekräftigt werden, auch ſofort mit dem Momente ſeiner Intervention für den Dominus eingetreten ſein läßt. Denn nur hiedurch wird dem Dominus jener rechtliche Erfolg verſchafft, zu welchem der Geſtor ihm verhelfen wollte; daß nämlich die für ihn begründete Situation unempfindlich wird gegen alle factiſchen und rechtlichen Veränderungen, welche in der Zeit zwiſchen der Stellvertretung und der Ratihabition an derſelben eintreten können; und daß die Vortheile dieſes Rechtsgeſchäfts für ihn nicht erſt im Moment ſeiner Ratihabition, ſondern bereits in dem Augenblick zu fließen beginnen, in welchem der Geſtor für ihn thätig geworden iſt. Durch dieſen Rechtsſatz alſo wird erſt die Thätigkeit des Geſtor zu vollen Ehren gebracht; er ſorgt nun für den Dominus nicht in der Zukunft, ſondern in der Gegenwart; der Erfolg ſeiner Arbeit iſt kein precärer, von dem guten Willen dritter Perſonen abhängiger, ſondern ein momentaner und geſicherter; ſeine Arbeit iſt von ihrem Erfolg nicht mehr durch eine längere und ſterile Zeitdauer getrennt, ſondern ſie trägt ſofort Früchte und Zinſen; ſie begründet momentan die gewünſchten Rechtsveränderungen für den Dominus, wenn dieſer nur zugreifen will.

Was aber die Bedeutung der Rückwirkung der Ratihabition im Einzelnen anbelangt, ſo halten wir es zunächſt weder dem Zwecke dieſes Buches angemeſſen, noch auch für nothwendig, auf den in neuerer Zeit ſo viel beſtrittenen Begriff der Rückwirkung als ſolchen des Näheren einzugehen. Insbeſondere können wir uns mit der Anſicht nicht befreunden, als ob aus einer allgemeinen Feſtſtellung des Rückwirkungsbegriffs für

unſere Lehre viel zu gewinnen wäre; denn es bleibt immer fraglich, ob es einen ſolchen allgemeinen Rückwirkungsbegriff gibt, und es iſt deswegen äußerſt bedenklich, aus einem aprioriſtiſch gewonnenen Begriff der Retrotraction alle concreten Probleme löſen zu wollen.

Einen anderen Standpunkt nimmt Zimmermann ein. Der Anſicht Zimmermann's muß hier deswegen ausdrücklich Erwähnung gethan werden, weil er unter den Schriftſtellern derjenige iſt, welcher die Tragweite und Bedeutung der Rückwirkung bei der Ratihabition ſtellvertretender Negotiorum Geſtio der eingehendſten Unterſuchung unterzogen hat, während die übrigen Schriftſteller ſich zumeiſt damit begnügen, dieſelbe zu regiſtriren, ohne auf ihre Weſenheit näher einzudringen. Zimmermann beginnt ſeine einſchlägigen Ausführungen damit, den Rückwirkungsbegriff, oder vielmehr einen Rückwirkungsbegriff im Allgemeinen feſtzuſtellen und gelangt hiebei zu dem Reſultate, daß jede Rückwirkung nichts bedeute als die Entſcheidung über einen mittlerweile unentſchiedenen ſchwebenden Zuſtand. Jedem Fall der Rückwirkung correſpondire alſo ein vorhergehender Zuſtand der Schwebe. Hiebei iſt Zimmermann ſelbſt der Gedanke nicht ganz fern geblieben, als ob eine ſo allgemeine Beantwortung der vorliegenden Frage nicht in jeder Richtung zuläſſig ſei; doch reducirt ſich dieſe Erkenntniß bei ihm darauf, daß die Regulirung des vor der Rückwirkung beſtehenden Schwebezuſtandes nicht in allen Fällen die gleiche iſt[304]); den Begriff der Rückwirkung hält er dagegen für einen völlig ſtereotypen und präciſen. So kommt Zimmermann dazu, in allen Fällen ſtellvertretender Negotiorum Geſtio bis zur Ratihabition einen Zuſtand der Schwebe anzunehmen, welcher durch die Ratihabition nur nach rückwärts hin entſchieden werde. Und dieſe Auffaſſung bildet dann für ihn die Baſis zur Behandlung ſämmtlicher Wirkungen der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio.

Es läßt ſich leicht erkennen, daß dieſe Auffaſſung zu weit geht. Allerdings iſt richtig, daß das römiſche Recht in zahlreichen Fällen Schwebe

[304]) S. 209 a. E. Auf dieſen Gedanken hat Zimmermann jedenfalls die Erſcheinung geführt, daß in den Quellen bei der Rückziehung des Eigenthumserwerbs zwiſchen ſogenanntem ſchwebenden und ſogenanntem revocablen Eigenthum unterſchieden wird; vgl. darüber unten S. 251. In ſolchen Fällen ſcheint Zimmermann blos eine verſchiedenartige Regulirung des mittlerweiligen Zuſtandes vor der Rückwirkung anzunehmen, wobei jedoch überſehen wird, daß in beiden Fällen auch die Rückwirkung ſelbſt von ſehr verſchiedener Intenſität iſt, alſo in der That zwei verſchiedene Arten von Retrotraction begründet ſind

und Rückwirkung Hand in Hand gehen läßt; aber es iſt eben fraglich, ob dieſer Parallelismus ein völlig durchgängiger und ob er ein innerlich gebotener iſt. Beides iſt in Abrede zu ſtellen. Wir werden finden, daß das römiſche Recht z. B. bei der (ſogenannten) Rückwirkung der erfüllten Bedingung, und zwar namentlich bezüglich des Eigenthumserwerbs, in gewiſſen Fällen durchaus nicht ſo weit geht, einen vorgängigen Schwebezuſtand zu ſtatuiren, ſondern daß es hier einen vollſtändig ausgeſprochenen und nur zeitlich begrenzten (Eigenthums-)Zuſtand der Rückwirkung vorausgehen läßt.[805]) Schon dieſe Erſcheinung ſchließt Zimmermann's allgemeinen Rückwirkungsbegriff, welcher einen Schwebezuſtand vorausſetzt, ſofort aus; denn wenn es bei der Behandlung der erfüllten Bedingung möglich iſt, Schwebe und Rückwirkung zu trennen, warum ſoll dies in anderen Fällen undenkbar ſein? Man wird zwar vielleicht hierauf entgegnen, in derartigen Fällen finde eben keine wahre Rückwirkung, ſondern nur ein Rückwirkungsſurrogat ſtatt; wo aber wahre Rückwirkung eintrete, dort müſſe ſie auch von den poſtulirten Erſcheinungen, alſo insbeſondere von einem vorgängigen Schwebezuſtand begleitet ſein. Eine derartige Wendung aber mußten wir mit aller Entſchiedenheit zurückweiſen, ſie würde in der That eine petitio principii enthalten. Und wie immer man über den ſo beſtrittenen Begriff der Retrotraction denken möge, ſo viel wird man doch bei dem heutigen Stand der Lehre zugeben müſſen, daß eine allgemeine und anerkannte Regel darüber, in welcher Weiſe juriſtiſche Ereigniſſe auf die Vergangenheit beſtimmend zurückwirken, in den Quellen nicht gegeben iſt. Es obliegt daher Jedem, der die Exiſtenz einer ſolchen Regel behauptet, der Beweis hiefür, und dieſen Beweis, glaube ich, iſt uns Zimmermann ſchuldig geblieben. Das ſoll Zimmermann bereitwilligſt zugeſtanden werden, daß ſein Begriff der Retrotraction ein ſehr klarer und bis zu einem gewiſſen Grade auch praktiſch handſamer iſt. Was aber Zimmermann nicht bewieſen hat, iſt die, ſeiner ganzen Normirung der Rückwirkung der Ratihabition zu Grunde liegende Auffaſſung, daß dieſer Begriff der Retrotraction auch ein allgemeiner iſt, das heißt ein ſolcher, der in allen Fällen zur Anwendung kommen muß, wo ein juriſtiſches Ereigniß für vergangene Zuſtände beſtimmend wirkt. Für dieſe Auffaſſung hat Zimmermann, ſoviel ich ſehen kann, auch nicht ein einziges durchſchlagendes Argument anzuführen vermocht. Denn

---

[805]) Vgl. Vangerow Pand. I. S. 145—146. Windſcheid Pand. I. § 91, Not 1.

daß, wie er hervorhebt, das römiſche Recht in vielen Fällen Schwebe und Rückwirkung Hand in Hand gehen läßt, das gewährt für andere Fälle noch gar keinen, oder nur einen ſehr unſicheren Anhalt; unſicher namentlich darum, weil gerade in einem Fall, den Zimmermann ſonſt bei der Behandlung der Ratihabition ſtets als maßgebendes Analogon hervorzuheben pflegt, nämlich bei der erfüllten Bedingung, ein Schwebezuſtand, wie heute mehr und mehr anerkannt wird, nicht eintritt. Andere Argumente für die Berechtigung und Nothwendigkeit ſeiner Auffaſſung hat Zimmermann aber nicht beigebracht, und ſo wird es denn wohl gerechtfertigt ſein, an dem allgemeinen „Schwebe- und Rückwirkungsbegriff" bis auf Weiteres zu zweifeln.

Freilich hat Zimmermann außer ſeinen allgemeinen Erwägungen über die Eſſenz der Rückwirkung noch ſpecielle Argumente dafür in's Feld geführt, daß gerade die Rückwirkung der Ratihabition einen vorgängigen Schwebezuſtand bedinge und entſcheide. Er ſtützt ſich dabei auf die Ausdrucksweiſe der Geſetze, welche der Ratihabition eine allgemeine rückwirkende Kraft beilegen; ſo gebrauche l. 25 C. don. int. 5, 16 in Entſcheidung der Rückwirkungsfrage den Ausdruck

> sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet in quibus contracta sunt.

Ebenſo laute der Ausdruck in l. 7 pr. C. ad Sc. Mac. 4, 28

> cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio retrorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt.

Hiemit ſei zwar zunächſt allerdings nur beſtimmt, daß die Ratihabition zurückwirke; daß aber dieſer Rückwirkung in der That auch ſtets ein vorgängiger Schwebezuſtand correſpondire, ſoll ſich ergeben aus

l. 15 D. de reb. dub. 34, 5.

> quaedam sunt in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est,

ſowie aus

l. 58 § 2 D. de sol. 46, 2.

> et si duo rei stipulandi sunt, quorum alterius absentis procuratori, tum, antequam is ratum haberet, interim alteri solutum est, in pendenti est posterior solutio aeque ac prior; quippe incertum est, debitum an indebitum exegerit.

Aber auch angeſichts dieſer Stellen muß noch immer gegen einen allgemeinen Rückwirkungsbegriff und insbeſondere gegen die Behauptung

eines der Ratihabition vorhergehenden Schwebezuſtandes Einſprache erhoben werden.

Unbeweiſend iſt vor Allem die citirte l. 58 § 2 D. de sol. Denn wenn es daſelbſt von der Zahlung an einen procurator absentis heißt, ſie ſei bis zur erfolgten Genehmigung in pendenti, im Schweben, ſo findet dieſer Ausdruck wohl die vollſte Erklärung ſchon damit, daß eben über die Wirkſamkeit einer ſolchen Zahlung in der That noch Ungewißheit herrſcht und daß man ſchon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ungewiſſe Verhältniſſe als ſchwebende, in suspenso befindliche bezeichnen kann. Von einer juriſtiſch vollſtändig präciſirten Situation jedoch, in welcher dieſe Pendenz beſtehen ſoll, und welche die regelmäßige Folge einer ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio wäre, iſt hier wie überall nicht die leiſeſte Andeutung zu finden.

Und ebenſo wenig iſt eine ſolche angedeutet in l. 15 D. de reb. dub. Denn wenn es daſelbſt heißt: quaedam sunt in quibus res dubia est sqq., ſo iſt ſchon von vornherein nicht recht einzuſehen, warum unter dieſe quaedam jede Rückwirkung juriſtiſcher Ereigniſſe, aus welchem Grunde immer ſie eintreten möge, ſubſumirt werden ſoll; übrigens erhält dieſes quaedam sunt sqq. im Folgenden ſofort ſeine richtige Erläuterung indem als Beiſpiel das vor der Annahme oder Repudiation des Vindicationslegats beſtehende, allerdings völlig ungewiſſe, Eigenthumsverhältniß an der legirten Sache angeführt wird. Hienach iſt auch dieſe Stelle nicht geeignet, den angeblichen allgemeinen Begriff der Schwebe und Rückwirkung zu fundiren.

Sind daher die Gründe Zimmermann's nicht ausreichend, uns einen Begriff der Retrotraction zu octroyiren, der, wie ſich ſpäter zeigen wird, in manchen Beziehungen (und namentlich beim Erwerb des Beſitzes und Eigenthums durch einen ſtellvertretenden Negotiorum Geſtor) den Intentionen der Parteien nicht entſpricht, ſo erſcheint es uns denn nach alledem viel ſicherer, die Art der Rückwirkung der Ratihabition nicht aus einem allgemeinen Begriff der Rückwirkung, ſondern aus der ihr vorhergehenden mittlerweiligen (perſönlichen und ſachlichen) Gebundenheit, reſp. dem dieſe Gebundenheit begründenden Parteiwillen, herzuleiten. Zu dieſem Zwecke hielten wir es auch für nothwendig, das Rechtsverhältniß bis zur Genehmigung vor der Rückwirkung der Ratihabition zu beſprechen, ſtatt, wie Zimmermann thut, den umgekehrten Weg einzuſchlagen. Denn — und dies ſei gegenüber jedem generellen Rückwirkungsbegriff bemerkt — das mittlerweilige Rechtsverhältniß geht der Ratihabition bevor, kann

daher nicht ſchon eine Folge, ein vorausgeworfener Schatten dieſes zukünftigen Ereigniſſes ſein, kann daher nicht aus dieſem heraus beſtimmt werden. Umgekehrt iſt die Rückwirkung der Ratihabition nichts anderes als die Anerkennung deſſen, daß ein Stück des vorzunehmenden Rechtsgeſchäfts ſchon ab initio vorhanden war und daß dieſes Theilgeſchäft nicht ſpäter datiren ſoll und kann, als die Parteien es datiren wollten Demnach iſt die Rückwirkung der Ratihabition u. E. nicht als eine Conſequenz und ein Correlat der mittlerweiligen Gebundenheit; denn in dieſer Gebundenheit lag bereits ausgeſprochen, daß, wenn die Ratihabition erfolge, das Rechtsgeſchäft dem Willen der Parteien gemäß als ex tuno vorgenommen gelten ſolle. Die Rückwirkung der Ratihabition beruht alſo lediglich auf dem Willen der Parteien bei Vornahme der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio.[306]) [307])

Weil aber dieſe rückwirkende Function der Genehmigung aus dem Willen des dritten Betheiligten und des Geſtor entſpringt, welche das Rechtsgeſchäft eben vom Augenblicke ſeiner erſten Vornahme an gelten und wirken laſſen wollen, iſt die Rückwirkung der Ratihabition unabhängig von einem eigens darauf gerichteten Willen des Principals, ſie tritt ipso iure ein. Ja die Rückwirkung iſt ein ſo weſentliches Element aller Ratihabition, daß ſie nicht einmal durch einen ausdrücklich hierauf gerichteten Willen des Principals ausgeſchloſſen werden kann. Denn ein ſolcher Wille würde mit den Intentionen der urſprünglichen Paciscenten in Widerſpruch treten; und dies darf nicht geſchehen, ſoll die Ratihabition

---

[306]) Die Anwendbarkeit des Princips der Rückwirkung iſt denn auch für das öſterreichiſche Recht nicht zu bezweifeln (vgl. Unger Syſt. II S. 162 flg.) umſomehr, als auch dem öſterreichiſchen Recht eine Rückwirkung juriſtiſcher Ereigniſſe wohl bekannt iſt, arg §§ 1016, 865 a. b. G. B. und Hfd. vom 30. November 1789 J. G. S. Nr 1081 lit. f. „Bei einer Tagſatzung kann von einem Advocaten, der von der Partei, in deren Namen er erſcheint, mit ordentlicher Gewalt und Vollmacht nicht verſehen iſt, die Nothdurftshandlung gar nicht aufgenommen, oder wenigſtens das Urtheil, bevor dieſelbe binnen einer zu beſtimmenden Friſt nachgetragen wird, nicht geſchöpft werden.“ Hiemit iſt implicite die Ratihabition ſtellvertretender Negotiorum Geſtio mit rückwirkender Kraft anerkannt.

[307]) Weil die Rückwirkung der Ratihabition, wo ſie eintritt, auf Parteiwillen beruht, iſt es immer quaestio facti ob ſie eintreten ſoll, es iſt nämlich immer zu unterſuchen, ob bei Vornahme der ſtellvertretenden Negotiorum Geſtio die Abſicht die war, das Geſchäft im Fall der Ratihabition von der Zeit ſeiner Vornahme datiren zu laſſen, oder das Datum desſelben bis zum Zeitpunkt der Ratihabition hinauszuſchieben, ob alſo das Geſchäft durch die Ratihabition blos bedingt oder gleichzeitig auch betagt war.

überhaupt von Wirkung ſein; der Principal darf nicht, indem er ſich auf einen Willensact des Tertius und des Geſtor ſtützt, eine Beſtimmung dieſes Willens reprobiren. Andernfalls läge es in ſeiner Hand, das Intereſſe des Dritten empfindlich zu ſchädigen; z. B. er ratihabirt einen zu ſeinen Gunſten geſchloſſenen Creditvertrag mit Hypothekbeſtellung ex nunc, während derſelbe ex tunc gemeint war, ſo daß dem Tertius die Priorität ſeines Pfandrechts entgeht u. ſ. f.[305]) Umgekehrt folgt aus dem Umſtande, daß der Wille des Geſtor und des dritten Contrahenten dem ganzen Rechtsgeſchäft Maß und Ziel gibt, daß dieſe beim Abſchluß deſſelben allerdings bereden können, daß die Wirkungen nur ex tunc vom Momente der Ratihabition eintreten ſollen, daher in ſolchem Falle die Rückwirkung ausgeſchloſſen erſcheint.

Mit den obigen allgemeinen Sätzen, welche die Rückwirkung der Ratihabition ausſprechen, iſt jedoch nur ſoviel gegeben, daß das Rechtsgeſchäft des Geſtor bei nachfolgender Ratihabition *regelmäßig* als der zeitliche Ausgangspunkt aller entſtehenden Rechtswirkungen zu betrachten iſt. Da dieſes Princip in gewiſſen Fällen wohlbegründete Ausnahmen erleidet, iſt es unumgänglich, die Tragweite dieſes Satzes hinſichtlich aller Vorausſetzungen und Wirkungen des Rechtsgeſchäftes zu verfolgen.

Hier iſt nun zu den einzelnen in Betracht kommenden Punkten Folgendes zu bemerken.

I. *Vorausſetzungen der Entſtehung des Rechtsgeſchäfts.*

a) *Subjective Vorausſetzungen* u. zw.

α) *Handlungsfähigkeit.*

Die Handlungsfähigkeit muß natürlich für jedes der betheiligten Rechtsſubjecte in dem Augenblicke vorhanden ſein, wo dasſelbe eine juriſtiſche Handlung vornimmt. Alſo für den Dominus im Augenblicke

[305]) Unrichtig iſt es daher, wenn Puchta (Vorleſ. zu § 51) von dem Satze: omnis ratihabitio retrotrahitur, die Ausnahme zuläßt, „wenn Dominus erweislich den entgegengeſetzten Willen gehabt hat". Ebenſo unrichtig iſt es, wenn derſelbe obigen Satz aus dem Willen des Ratihabenten ableitet. Wieder liegt hier eine Verwechslung vor zwiſchen der Ratihabition als Conſens des Eigenthümers zu unberechtigten Verfügungen Dritter über ſeine Sache — hier beruht die Rückwirkung allerdings auf dem Willen des Dominus und kann von ihm auch ausgeſchloſſen werden (arg. l 16 § 1 D. de pig 20, 1) — und der Ratihabition als Aneignung eines ſtellvertretenden Rechtsgeſchafts, hier beruht die Rückwirkung auf dem Willen des Geſtor und des Dritten, und kann nur von *dieſen ſelbſt* ausgeſchloſſen werden.

der Ratihabition, für den Tertius und Geſtor im Augenblick der Vornahme des ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfts. Es ſchadet hinſichtlich der beiden letztgenannten nichts, wenn ſie nach Abſchluß des Rechtsgeſchäfts und vor der Ratihabition die Handlungsfähigkeit verlieren, ſowie es für den Dominus gleichgiltig iſt, wenn er vor der Ratihabition die Handlungsfähigkeit nicht beſaß. Dies Alles bedarf keiner weiteren Begründung.

β) Rechtsfähigkeit.

Zweifelhafter ſchon iſt die Frage, in welchem Zeitpunkt die ſubjective Befähigung, ein Recht zu erwerben, vorhanden ſein muß. Zwar das iſt zweifellos, daß im Augenblick der Ratihabition ſowohl Dominus als Tertius fähig ſein müſſen, das ihnen kraft des zu ratihabirenden Rechtsgeſchäfts zugedachte Recht wirklich zu erwerben. Denn vor dieſem Augenblick haben ſie dieſes Recht nicht definitiv erworben; ſind ſie im Augenblick der Perfection des Erwerbs oder der Verpflichtung hiezu unfähig, ſo müſſen dieſelben illuſoriſch bleiben.[209]) Fraglich aber iſt, ob ſie auch ſchon im Augenblick, wo der Geſtor mit dem Tertius contrahirt hat, die ſubjective Rechtsfähigkeit gehabt haben müſſen, oder ob es genügt, wenn ſie dieſelbe im Augenblick der Ratihabition nachgeholt haben.

Für die erſtere Alternative ließe ſich anführen, daß Derjenige, welcher zur Erlangung des vollen Rechts nicht befähigt iſt, auch nicht fähig ſein könne, dieſes Recht als ein pendentes zu beſitzen. Man könnte es z. B. widerſprechend finden, daß der Dominus, welcher zur Erlangung des definitiven Eigenthums an gewiſſen Grundſtücken unfähig iſt, durch die Handlung des Geſtor ein pendentes Eigenthum an denſelben erlangen könne. Dies ſcheint denn auch für die Rückwirkung in einer verwandten Lehre, nämlich die Rückwirkung der erfüllten Bedingung, die Anſicht der Schriftſteller zu ſein. So meint Windſcheid (die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 10): „Wenn ſelbſt zur Zeit der Erfüllung der Bedingung dieſe Unfähigkeit weggefallen ſein ſollte, würde doch immer nur die Erklärung eines Unfähigen vorliegen.“ Ebenſo Unger (Syſt. II. § 82 Note 67) und Bangerow (Band. 7. Aufl. I. S. 145). Indeſſen kann dieſe Anſicht bei näherer Prüfung nicht für richtig anerkannt werden.

Die Stellen, auf welche dieſelbe geſtützt wird, ſind nicht beweiſend. Was nämlich vor Allem die von Unger citirten

l. 49 § 1 D. de H. J. 28, 5.

und l. 59 § 4 D. eod.

---

[209]) Vgl. l. 14 § 1 D. de nov. 46, 2.

angeht, ſo ſprechen dieſe Stellen nur aus, daß bei teſtamentariſcher Erbfolge die testamenti factio passiva bereits zur Zeit der Errichtung des Teſtaments vorhanden ſein mußte. Dieſer Satz aber iſt ein ſingulärer, auf ſpeciellen, bereits im juſticianiſchen Recht hinweggefallenen hiſtoriſchen Gedanken[310]) beruhender Satz des römiſchen Erbrechts, welchen, wie Unger ſelbſt[311]) bemerkt, die neueren Codificationen haben fallen laſſen und welcher auf andere Rechtsgebiete gewiß nicht analog ausgedehnt werden darf.

Unbeweiſend iſt aber auch die ferner citirte

l. 26 D. de stip. serv. 45, 3.

Dieſe Stelle ſpricht nämlich den Satz aus, daß ein Erbſchaftsſclave vor Antretung der Erbſchaft keinen Uſusfructus erwerben könne, weil dieſer als Perſonalſervitut das Daſein einer phyſiſchen Perſon erfordere; ſelbſt die bedingte Erwerbung eines Uſusfructus ſei ihm nicht möglich. — Dieſer Satz findet aber ſeine Erklärung darin, daß der Uſusfructus durch die Perſon des Uſufructuars erſt beſtimmt wird, daß daher, ſo lange ein ſolcher nicht exiſtirt, eine derartige Stipulation wegen völliger Unbeſtimmtheit ungiltig iſt.

Aber auch innere Gründe ſprechen, ſo viel ich ſehe, nicht unbedingt dagegen, daß eine Perſon, die ein Recht definitiv nicht erwerben kann, dasſelbe doch als ein pendentes, keimendes erwerbe. Der Keim zu einem Rechte iſt ja eben noch nicht das Recht ſelbſt und es läßt ſich doch ſehr gut denken, daß Perſonen welche für unfähig gehalten würden, das volle Recht zu erwerben, doch eine proviſoriſche Anwartſchaft auf dasſelbe erlangen. Oder ſollte es wirklich ein Widerſpruch ſein, wenn ein Ausländer, der als ſolcher zum Erwerb von Grundſtücken im Inlande nicht befähigt iſt, während er ſich um das Indigenat bewirbt, bereits Grundſtücke unter der Bedingung anſchafft, daß er das Indigenat erhalten werde?

Wenn demnach in allgemeinen Grundſätzen ein Hinderniß nicht erblickt werden kann, ſo muß man ſich für die Meinung, daß das perſönliche Commercium bei Bedingungen nur zur Zeit der Erfüllung der Bedingung und ebenſo bei Rechtsgeſchäften des Negotiorum Geſtor nur zur Zeit der Ratihabition vorhanden zu ſein braucht, um ſo eher entſcheiden, als das römiſche Recht dieſen Gedanken in Bezug auf

---

[310]) Nämlich auf der alten mancipatio familiae, alſo einem (unbedingten) Erbvertrag, wozu natürlich ſofortige Vertragsfähigkeit gehörte; vgl. Savigny, Syſtem VIII S. 457 flg.

[311]) Oeſterr. Erbrecht § 5, Not. 21.

andere Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte wiederholt zum Ausdruck gebracht hat.

So ist bekanntlich die unbedingte Stipulation einer dem Promissar gehörigen Sache sofort ungiltig; die bedingte Stipulation einer res propria dagegen convalescirt, wenn zur Zeit der erfüllten Bedingung der Promissar das Eigenthum verloren hatte.

l. 31, l. 98 D. de V. O. 45, 1.

Ebenso ist auch das bedingte Legat einer dem Legatar gehörigen Sache giltig, wenn dieselbe zur Zeit der Erfüllung der Bedingung ihm nicht mehr gehörte

l. 41 § 2 D. de leg. I.

Nach Analogie dieser Aussprüche, welche den Zeitpunkt der Perfection als maßgebend für die Beurtheilung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts erklären, wird wohl auch bei den persönlichen Voraussetzungen anzunehmen sein, daß die Erwerbsfähigkeit beim Tertius und beim Dominus nur im Augenblick der Ratihabition vorhanden zu sein braucht.[312])

Ebenso wird das Vorhandensein aller anderen persönlichen Qualitäten nur nach dem Zeitpunkt der Ratihabition zu bemessen sein. So insbesondere die zu einem Vertrage etwa nothwendige Sachlegitimation. Läßt sich also der Gestor z. B. ein Servitut bestellen, so wird es genügen, wenn der Dominus das praedium dominans nur im Augenblick der Ratihabition besaß u. s. f.

b) Objective Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts.

α) Existenz des Objects.

Jedes Rechtsgeschäft muß einen bestimmten Gegenstand haben. Sofern derselbe nicht in einer vertretbaren Sache oder Leistung besteht,

---

[312]) So auch Seuffert S. 74. Diese Regel erleidet natürlich eine Ausnahme, wenn dem Unfähigen auch das Contrahiren über den betreffenden Gegenstand verboten war, denn dann ist jeder darauf bezügliche Vertrag nichtig und kann als solcher nicht ratihabirt werden. Ferner ist auch zu bemerken, daß, wenn auch die Ratihabition nach erlangter Rechtsfähigkeit giltig ist, die Rückwirkung der Ratihabition in solchen Fällen doch nur bis zu jenem Zeitpunkte eintritt, wo der Unfähige die Fähigkeit zu jenem Rechtserwerb erlangt hat. Hat also Gestor im Jahre 1870 einen Fundus gekauft, 1871 erlangt Dominus das Commercium desselben und 1872 ratihabirt er, so datirt sein Eigenthum nicht von 1870, sondern von 1871. Vgl. Böcking Pand. S. 413. Es tritt daher in solchen Fällen theilweise Rückwirkung der Ratihabition ein, wie dieselbe auch dem römischen Rechte wohlbekannt ist, vgl. Mühlenbruch in Glück's Comm. XXXVI. S. 371, Götting in Linde's Zeitschr. N. F. I. S. 276

welche jederzeit vorhanden ſind, ſondern in dem Rechtsgeſchäft über eine beſtimmte Sache verfügt wird, entſteht die Frage: In welchem Zeitpunkt muß dieſes Object des Rechtsgeſchäfts vorhanden ſein, um die Giltigkeit des Rechtsgeſchäfts zu begründen? Genügt es, wenn der Gegenſtand im Zeitpunkt der Ratihabition vorhanden iſt, oder muß derſelbe bereits zur Zeit, wo der Geſtor das Rechtsgeſchäft abſchließt, vorhanden ſein? Und umgekehrt: muß derſelbe bis zum Augenblick der Ratihabition fortbeſtehen, damit das Geſchäft zur Wirkſamkeit gelange?

Hier iſt die Regel aufzuſtellen, daß das Object des Rechtsgeſchäfts ſowohl im Zeitpunkt des Abſchluſſes als in dem der Ratihabition vorhanden ſein muß

Iſt das Object im Augenblick des Abſchluſſes des Rechtsgeſchäfts überhaupt nicht vorhanden, findet ſich jedoch im Moment der Ratihabition eine Sache, an welcher ſich dieſelben Merkmale zeigen, welche die zum Gegenſtand des Rechtsgeſchäfts gemachte Sache haben ſollte, ſo iſt klar, daß es „an der Identität der ſpäter entſtandenen Sache mit der von den Parteien urſprünglich gemeinten“ fehlt; es ergibt ſich hier ſchon aus der ſpäteren Entſtehung dieſer Sache, daß die Contrahenten dieſelbe bei Abſchließung des Geſchäfts nicht vor Augen gehabt haben konnten.[818]) Es würde alſo die Ratihabition nicht erfolgen können, auch wenn im Momente, wo dieſelbe ſtattfindet, ſich ein Gegenſtand auffinden läßt, der dem urſprünglich Gemeinten ähnlich iſt.

Anders würde die Sache ſchon dann ſtehen, wenn die Parteien urſprünglich die Sache als eine künftig zur Entſtehung gelangende zum Gegenſtand des Rechtsgeſchäfts gemacht hatten und nun im Augenblick der Ratihabition dieſe Sache wirklich zur Entſtehung gelangt iſt. Denn hier iſt die entſtandene Sache mit der gemeinten wirklich identiſch; es liegt alſo ein gewöhnlicher, giltiger Vertrag über eine zukünftige Sache vor.

Iſt das Object des Rechtsgeſchäfts im Zeitpunkt der Abſchließung zwar vorhanden, geht jedoch vor erfolgter Ratihabition zu Grunde, ſo iſt

---

[818]) Vgl. Mommſen, Unmöglichkeit der Leiſtung S. 146, 152, welcher als Beiſpiele anführt. Wenn das Füllen eines beſtimmten Pferdes als ein ſchon exiſtirendes verkauft wird und das gedachte Pferd erſt ſpäter ein Füllen bekommt; dieſes ſpäter geborene Füllen iſt offenbar nicht dasjenige, welches die Contrahenten zum Gegenſtande der Obligation haben machen wollen. Ebenſo wenn das verkaufte Haus zur Zeit der Abſchließung des Vertrags abgebrannt war; dann kann zwar ein neues Haus auf denſelben Platz gebaut werden, dieſes würde aber nicht das von den Parteien gemeinte ſein. Vgl. auch l. 98 § 8 D. de sol 46, 3.

die Ratihabition wirkungslos.[314]) Denn das durch die Ratihabition perficirte Rechtsgeſchäft findet keinen Gegenſtand mehr vor, auf den es ſich beziehen könnte.

β) Commercialität des Objects.

Hier iſt wieder zu entſcheiden zwiſchen abſoluter und relativer Commercialität.

Steht die vom Negotiorum Geſtor behandelte Sache überhaupt nicht im Commercium, ſo iſt natürlich ein Rechtsgeſchäft über dieſelbe nicht denkbar; ſeine Handlung iſt alſo einfach ungiltig und kann nicht ratihabirt werden, und zwar ſelbſt dann nicht, wenn die Sache etwa mittlerweile commerciell geworden iſt.

Steht dieſe aber an ſich im Commercium und kann blos Derjenige, der ſie erwerben ſoll (Dominus oder Tertius) das Recht an derſelben im Momente der Geſtio nicht haben, dann iſt, wie wir oben (S. 247 flg.) an der Hand von ll. 31, 98 D. de V. O. und l. 41 § 2 D. de leg. I. geſehen haben, das Rechtsgeſchäft nicht ungiltig, es kann vielmehr das intendirte Recht erworben werden, wenn nur der Erwerber im Momente der Ratihabition das erforderliche Commercium beſitzt.

Anbelangend ferner die Wirkungen des Rechtsgeſchäfts iſt über die Rückwirkung Folgendes zu ſagen.

II. Insbeſondere beim Erwerb dinglicher Rechte:

a) Erwirbt der Geſtor für den Dominus dingliche Rechte durch rein einſeitige Erwerbsacte, z. B. Specification, Occupation u. ſ. f., ſo wird das Eigenthum im Falle der Ratihabition jedenfalls auf die Zeit der Handlung des Geſtor zurückdatirt (l. 25 C. don. int.).

b) Läßt ſich der Geſtor dingliche Rechte an Sachen dritter Perſonen beſtellen, ſo können dieſe dem Dominus das Recht und deſſen Priorität nicht mehr entziehen. Erwirbt z. B. Geſtor ein Pfandrecht, ſo geht dasſelbe im Fall der Ratihabition allen ſpäter beſtellten Pfandrechten an derſelben Sache vor.[315]) Freilich kann man dies eigentlich keine Rückwirkung nennen; es iſt das vielmehr lediglich eine Folge der durch die

---

[314]) Die entſprechende Regel für bedingte Obligationen wird in den Quellen wiederholt ausgeſprochen, ſo l 8 D de per. et comm. 18, 6, l. 56 § 8 D. de V. O. 45, 1, l. 14 pr. D. de nov. 46, 2. Es unterliegt keinem Zweifel, dieſelbe auch auf Ratihabitionsfälle anzuwenden.

[315]) Dies iſt zweifellos anzunehmen wegen der hier völlig unbedenklichen Analogie des bedingten Rechtsgeſchäfts: l. 16 § 4 D. qui et a quib. 40, 9, l. 1 pr., l. 9 § 1 D. qui pot. 20, 4.

Geſtio eingetretene mittlerweilige Gebundenheit. Der Dritte kann den dem Dominus eingeräumten Rechtskeim nicht mehr zerſtören oder verringern.

c) Hat Geſtor dritten Perſonen an Sachen des Dominus ein dingliches Recht eingeräumt, dann hat zunächſt ein Nichtberechtigter über eine fremde Sache disponirt. Damit dieſe Dispoſition giltig ſei, muß der Conſens des Eigenthümers hinzutreten. Die Ratihabition hat alſo hier nicht blos als Aneignung eines fremden Rechtsgeſchäfts, ſondern auch als Beſtätigung einer wirkungsloſen Verfügung durch den Berechtigten zu fungiren. Letztere Beſtätigung kann aber der Dominus ſelbſt nur inſoweit ertheilen, als er an der Sache noch berechtigt iſt; hat er alſo dieſelbe mittlerweile weiter veräußert oder verpfändet, ſo kann er gemäß dem Satze nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet, nicht mehr zur Beeinträchtigung der von ihm ſelbſt eingeräumten Rechte eine Beſtätigung ausſprechen [315])

d) Eine beſondere Behandlung verlangt endlich der Fall, daß Tertius dem Geſtor für den Dominus das Eigenthum an einer Sache einräumt.

Hier folgt natürlich ſchon aus dem sub b geſagten, ſowie aus der mittlerweiligen Gebundenheit des Tertius, daß die Anwartſchaft des Dominus auf das Eigenthum dieſem in keinem Fall mehr benommen werden kann. Einer beſonderen Erwägung bedarf aber die Frage, wie für den Fall, daß ſpäter Ratihabition erfolgt, die mittlerweilige Situation (bis zur Ratihabition) juriſtiſch zu beſtimmen ſei.

In dieſer Frage kann man nämlich zwei verſchiedene Standpunkte einnehmen.

Man kann ſagen, bis zur Ratihabition bleibe der Veräußerer wahrer Eigenthümer, ſeine Verfügungen ſeien ipso iure giltig, nur erlöſche ſein Eigenthum durch die Ratihabition noch rückwärts hin und die mittlerweile getroffenen Verfügungen werden ex post reſcindirt. Man kann aber auch

---

[315]) S. oben § 28 d. Oft pflegt man obigen Satz auch ſo zu formuliren: Die Rückziehung könne wohlerworbene Rechte nicht beeinträchtigen; ſo Seuffert S. 71 (dagegen aber Zimmermann S. 245, Not 337). Dieſer Geſichtspunkt würde zutreffen bei bedingten Verfügungen, die der Dominus ſelbſt über ſeine Sache trifft, wenn die Bedingung eine für ihn poteſtative iſt (l. 3 D. quib. mod. pig., l. 4 D. quae res pig., l. 9 § 1, l. 11 pr. § 2 D. qui pot.). Im vorliegenden Fall aber, wo ein ganz Unberechtigter disponirt hat, iſt die Ausſchließung der Rückwirkung ſchon durch das im Text Geſagte begründet und bleibt daher für dieſen zweiten (Billigkeits-) Grund gar kein Raum mehr.

annehmen, daß durch die Veräußerung ein ſofortiger Zuſtand der Pendenz herbeigeführt werde; es ſei alſo in der Zwiſchenzeit weder der Erwerber noch der Veräußerer als Eigenthümer anzuſehen, die mittlerweiligen Verfügungen ſeien zunächſt nicht giltig, ſondern es ſei Alles in der Schwebe und erſt die Ratihabition entſcheide darüber, wie es in der Zwiſchenzeit geweſen ſei.

Dieſe Unterſcheidung, welche, wie ſich ſofort zeigen wird, von ſehr weittragender praktiſcher Bedeutung iſt, iſt der Rechtswiſſenſchaft ſehr wohl bekannt. Dieſelbe kommt in mehrfacher praktiſcher Anwendung vor, wurde ſchon in den Quellen ſehr genau durchgeführt und wurde techniſch durch verſchiedene Bezeichnung der auseinanderzuhaltenden beiden Arten der Eigenthumsrückziehung kenntlich gemacht. Man ſpricht bei jener Rückziehung des Eigenthums welche den Veräußerer mittlerweile als wahren Eigenthümer erſcheinen läßt, von einem dominium revocabile (ex tunc), während man das Verhältniß, wonach es in der Zwiſchenzeit ungewiß iſt, ob der Veräußerer oder der Erwerber als Eigenthümer anzuſehen iſt, als ſogenanntes ſchwebendes Eigenthum bezeichnet.[317])

Die durchgreifende praktiſche Differenz zwiſchen beiden Arten der Rückziehung des Eigenthums äußert ſich insbeſondere in folgenden Punkten:

a) Acceſſionen (Früchte, Schatz) verbleiben beim dominium revocabile ex tunc dem Zwiſcheneigenthümer; denn auf ſie erſtreckt ſich die Rückziehung des Eigenthums an der Hauptſache nicht, weil ſie mittlerweile ſchon ſelbſtändige Sachen geworden ſind; bei ſchwebendem Eigenthum fallen die Acceſſionen Demjenigen zu, zu deſſen Gunſten die Entſcheidung ausfällt.[318])

b) Die vom Eigenthum der Sache abhängigen Klagen (rei vindicatio, a.[0] leg. Aquiliae, cond. furtiva u. ſ. f) ſtehen bei revocablem Eigenthum mittlerweile dem Zwiſcheneigenthümer zu, bei ſchwebendem Eigenthum iſt es ungewiß, wer gegenwärtig Eigenthümer iſt, daher keinem von beiden der Anſpruch zukommt; der Anſpruch iſt hier vielmehr in pendenti.[319])

c) Tritt die Vereinigung einer Servitutsberechtigung mit dem

[317]) Vgl hiezu Wächter, das ſchwebende Eigenthum, Fitting Rückwirkung der erfüllten Bedingung, S. 7, 64 flg. Vangerow Pand. (7 Aufl.) I. § 301

[318]) Vgl. einerſeits l 3 § 16. l. 16 D. de stat. lib. 40, 7, l. 15. 16 D. de stat. hom. 1, 5, anderſeits l. 63 § 4 D. de A. R. D. 41, 1.

[319]) l. 12 § 5 D. de usuf. 7, 1 l. 43 § 10 D. de aed. ed. 21, 1, l. 13 § 3, l. 17 § 1, l. 34—36 pr. ad l. Aq 9, 2.

revocabeln Eigenthum in derſelben Perſon ein, ſo erliſcht die Servitut und lebt durch Revocation jenes Eigenthums nicht wieder auf; trifft aber eine Servitut mit ſchwebendem Eigenthum zuſammen, ſo iſt dieſelbe, wenn nachträglich der Servitutsberechtigte nicht Eigenthümer wird, niemals erloſchen, weil es ſich nun zeigt, daß derſelbe niemals Eigenthümer geweſen iſt.[320])

Es wird nun die Frage[321]) zu beantworten ſein: Wird im Fall der Eigenthumsübertragung an einen ſtellvertretenden Negotiorum Geſtor für den Veräußerer das bisherige Eigenthum ſofort aufgehoben und in ein ſchwebendes verwandelt, oder bleibt dasſelbe vorläufig beſtehen und wird nur, bei eintretender Ratihabition nach rückwärts hin revocirt?

Ich glaube, man muß ſich hier dafür entſcheiden, daß der Veräußerer bis zu dem Zeitpunkt, wo Ratihabition erfolgt, Eigenthümer der veräußerten Sache verbleibt und erſt mit der Ratihabition, dann freilich nach rückwärts hin, eine Reſciſſion des früheren Eigenthums erfolgt. Es tritt alſo vorläufig kein Zuſtand der Schwebe ein, das Eigenthum des Veräußerers wird nicht zu einem blos pendenten Recht verflüchtigt, ſondern dauert in der Zwiſchenzeit als volles ungeſchwächtes Recht vor. Mit anderen Worten: die Tradition an einen ſtellvertretenden Geſtor iſt im Zweifel eine betagte.

Für dieſe Auffaſſung der Sache, in welcher wir im Widerſpruch zu Zimmermann[322]) treten, ſpricht vor Allem der Umſtand, daß für eine ſofortige Abänderung des bisherigen Rechtszuſtandes ein genügender Grund nicht abzuſehen iſt. Es wäre in der That nicht recht zu begreifen, wenn Tertius wegen der Möglichkeit der Ratihabition ſein bisheriges Eigenthum an der veräußerten Sache ſofort aufgeben, und ſich einem ganz ungewiſſen Zuſtand überantworten ſollte, der für ihn in vieler

---

[320]) l. 57 pr D. de usuf 7, 1, l. 38 § 1 de leg. I., andererſeits l. 17 quib. mod. usuf. 7, 4, l. 6 D. de man test 40, 4.

[321]) Dieſe Frage wird meines Erachtens unrichtig beantwortet von Zimmermann S. 226 flg. Derſelbe hält es nämlich für ſelbſtverſtändlich, daß in dieſem Falle ein Zuſtand wahrer Pendenz begründet wird, daher das Eigenthum des Veräußerers ein ſchwebendes ſei. Nur in Beziehung auf die auf das Eigenthum gegründeten Anſprüche meint Zimmermann, daß dieſelben dem Veräußerer auch in der Zwiſchenzeit zuſtehen; denn „Anſprüche können nicht ſchweben" (vgl. auch ebenda S. 219). Letzterer Satz iſt aber offenbar unrichtig, vgl. z. B. l 12 § 5 D. de usuf., l 1 § 1 ad Sc. Mac. 14, 6, und Steinlechner in Grünhut's Zeitſchr. IV. S. 362.

[322]) Siehe die vorige Note.

Beziehung höchſt bedenklich werden könnte. Man denke nur daran, daß hienach Tertius, wenn die Sache vor der Ratihabition beſchädigt oder geſtohlen würde, nicht einmal klagberechtigt wäre. Eine derartige Wirkung des mit dem Geſtor geſchloſſenen Geſchäftes iſt im Parteiwillen doch gewiß nicht begründet; es wird demſelben vielmehr allein entſprechen, wenn man dem Veräußerer ſein bisheriges Eigenthum, nur beſchränkt durch die bereits begründete Anwartſchaft des künftigen Erwerbers, in der Zwiſchenzeit ungeſchmälert beläßt. Mit dieſer Auffaſſung ſtimmt es denn auch überein, daß die Quellen überall, wo ein bereits begründetes Eigenthum an eine andere Perſon unter einer Bedingung übertragen wird, das Eigenthum des Veräußerers in der Zwiſchenzeit fortwirken laſſen, alſo blos einen Zuſtand der Revocabilität anerkennen[323]; während ſie den ſchwankenden Zuſtand des ſchwebenden Eigenthums nur dort ſtatuiren, wo ein Eigenthumserwerb alternativ zwiſchen zwei Perſonen in Ausſicht ſteht, ohne daß ein Grund gegeben wäre, mittlerweile einer derſelben das Eigenthum zuzuerkennen.[324]

Die praktiſchen Wirkungen dieſer Auffaſſung ſind aber folgende:

a) Wird vor erfolgter Ratihabition die veräußerte Sache geſtohlen oder beſchädigt, ſo ſtehen die diesfälligen Anſprüche dem Zwiſcheneigenthümer, alſo dem Veräußerer zu. Denn er iſt noch Eigenthümer. Nur kann der künftige Erwerber kraft obligatoriſchen Cauſalverhältniſſes, berechtigt ſein, das Reſultat ſeiner Klage von ihm zu reclamiren.

b) Wird in der veräußerten Sache ein Schatz gefunden, ſo ſteht derſelbe dem alten Eigenthümer definitiv zu.[325]

c) Servituten des Erwerbers an der veräußerten Sache dauern in der Zwiſchenzeit fort. Hat dieſer daher das praedium dominans vor der Ratihabition veräußert, ſo behält der neue Eigenthümer deſſelben die Servitut auch nach der Ratihabition. Nach der Anſicht dagegen, daß das

---

[323]) Vgl. Vangerow a. a. O. § 301 sub II.

[324]) In den Fällen der erſteren Art beſteht alſo das alte Eigenthum nach dem Geſetz der Trägheit noch fort, weil kein Grund da iſt, weshalb es wegfallen ſollte, in den Fällen der letzteren Art kann aber keiner der Intereſſenten für ſich irgend ein Uebergewicht geltend machen, daher das Eigenthum beider vorenthalten bleibt. Letzteres iſt beſonders klar bei der summissio fortuna, beim Creditkauf durch einen servus usufructuarius, und beim unbedingten Vindicationslegat von der Annahme. Hier iſt überall Schwebe des Eigenthums unvermeidlich, weil man keinen Anhaltspunkt hat, es mittlerweile dem einen oder dem andern zuzuſprechen.

[325]) Anderer Anſicht Zimmermann S. 226, auf Grund der Annahme einer Pendenz

Eigenthum des Erwerbers ſchon vor der Ratihabition begründet geweſen ſei, müßte anerkannt werden, daß die Servitut durch confusio erloſchen ſei.

d) Auch die Zwiſchenfrüchte der veräußerten Sache müſſen dem alten Eigenthümer zugeſprochen werden.[326]) Denn die Rückwirkung der Ratihabition kann ſich nur auf die Hauptſache, nicht auf die von derſelben getrennten Nebenſachen erſtrecken. Doch iſt hier zu bemerken, daß ſich praktiſch die Sache vielfach gerade entgegengeſetzt geſtalten wird. Denn wenn der Veräußerer dem Geſtor die Sache ſofort tradirt, ſo ſcheint wohl die Abſicht der Parteien darauf gerichtet, daß Dominus im Falle der Ratihabition auch die Früchte der veräußerten Sache erhalten ſolle. Jedoch erwirbt er ſie auch in dieſem Fall nicht originär, als pendenter Eigenthümer, ſondern derivativ, in Folge einer vom Veräußerer an den Geſtor erfolgenden (bedingten) Tradition derſelben. Dies hat auch praktiſch inſofern Bedeutung als z. B. Gläubiger des Veräußerers auf die noch ſtehenden Früchte immer noch Execution führen können, weil dieſelben ſein Eigenthum auch nach der Separation und bis zur Perception bleiben.

e) Erfolgt endlich die Ratihabition, ſo fallen alle mittlerweiligen Verfügungen des früheren Eigenthümers zuſammen, nach dem Grundſatze resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum. Von dieſem Moment an erlangt alſo der Ratihabent das Eigenthum, u. zw. unbelaſtet. Dagegen können Verfügungen, welche er vor der Ratihabition über die Sache getroffen hat, auch jetzt noch nicht als ipso iure rechtsbeſtändig, als vom Eigenthümer ausgegangene angeſehen werden, ſondern ſie convaleſciren nur in dem Maße, in welchem Verfügungen eines Nichteigenthümers durch deſſen ſpäteren Erwerb des Eigenthums confirmirt werden. Denn bis zum Augenblick der Ratihabition war Trabent noch ausgeſprochener Eigenthümer der Sache; dieſer Zuſtand kann nicht ex post in ſein Gegentheil verwandelt werden.

Solche Regelung der Dinge entſpricht, wie geſagt, den Quellen, welche, wie jetzt mehr und mehr anerkannt wird[327]), auch bei bedingten Traditionen (denen doch unſere Fälle in dieſer Beziehung gleich-

[326]) Bezüglich der Rückwirkung der erfüllten Bedingung auf den Erwerb der Früchte an einer bedingt tradirten Sache ſprechen ſich unſere Schriftſteller in der Regel nicht deutlich aus. Doch ſcheinen Fitting (Rückziehung S. 96) und Sell (bedingte Traditionen § 15) eine ſolche anzunehmen. Die Stellen aber, auf welche dies geſtützt wird (l. 63 § 4 D. de A. R. D. 41, 1 und l. 19 D. de man. vind.) laſſen es ſehr zweifelhaft, ob ſie einer analogen Anwendung auf freiwillige bedingte Veräußerungen fähig ſind.

[327]) Vgl. Bangerow a. a. O., Windſcheid Band I. § 91.

ſtehen) den Eigenthumserwerb als einen betagten behandeln; ſie entſpricht dem Willen der Parteien, welche einen ſofortigen Eigenthumsverluſt für den Tradenten ſofort herbeizuführen keinen Anlaß haben; und ſie widerſpricht nicht der allgemeinen Vorſchrift über die Rückwirkung der Ratihabition (l. 25 C. don. int., l. 7 pr. C. ad Sc. Mac.), weil die Tendenz der bezüglichen Geſetze offenbar nicht die ſein kann, einen ſtarren, den Parteiwillen unter Umſtänden brüskirenden Rechtsſatz über die Tragweite der Ratihabition aufzuſtellen, ſondern nur die, der Ratihabition die (vor Juſtinian beſtrittene) Möglichkeit zuzuerkennen, den auf Rückwirkung gerichteten Willen der Parteien zu verwirklichen.[328])

Natürlich aber kann es vorkommen, daß Tradent und Geſtor in einem ſpeciellen Falle Willens ſind, das Eigenthum des Tradenten ſolle, nachträgliche Ratihab tion vorausgeſetzt, ſofort verloren ſein. In dieſem Fall tritt in der That ſofortige Pendenz des Eigenthums mit allen oben angeführten Rechtsfolgen ein.

III. Beſtritten iſt, ob auch der Beſitzerwerb durch ſtellvertretende Negotiorum Geſtores mit rückwirkender Kraft ratihabirt werden kann.[329]) Hierüber iſt vor Allem zu bemerken: Daß der Beſitz als Thatſache nicht mit rückwirkender Kraft ratihabirt werden kann, iſt ſelbſtverſtändlich; wohl aber iſt es möglich, daß die Rechtswirkungen des Beſitzes durch die Ratihabition dem Ratihabenten ex post zugeeignet werden. Insbeſondere iſt darauf aufmerkſam zu machen, daß das römiſche Recht auch in einem andern Fall eines rein factiſchen Verhältniſſes anerkannt hat, daß die civilrechtlichen Folgen eines ſolchen durch Ratihabition dem Ratihabenten zugeeignet werden können. So im Fall der activen Dejection aus dem

---

[328]) Jene Geſetze ſind alſo nur Dispoſitivgeſetze und ihre Anwendung ſetzt immer Ermittlung des wirklichen Parteiwillens voraus. Dem Geſagten zufolge widerſpricht unſerer Entſcheidung über die Rückwirkung bei Tradition an den Geſtor auch nicht die l 11 § 9 D. 24, 1 plane in quibus casibus placet retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur. Denn hier wollte der ſchenkende Ehegatte ſein Eigenthum ſofort aufgeben; anders, wenn dem Negotiorum Geſtor tradirt wird.

[329]) Gegen die Rückwirkung: Savigny Beſitz S. 365 (6. Aufl.) und Hauſer Stellvertretung im Beſitz S. 26; für dieſelbe Jhering Jahrb. I. S. 333, Not. 58, Köppen der obl. Vertrag S. 128, Randa Beſitz S. 200, Exner Tradition S. 134, Scheurl, zur Lehre von den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften S. 142, Seuffert S. 75, Zimmermann S. 223, Mandry Arch. für civ. Prax. Bd. 63, S. 10. Entſch. d. öſterr. O. G. H. Nr. 7031.

Beſitz. Es wird der Satz aufgeſtellt, daß das recuperatoriſche Interdict ſich nicht blos gegen den Dejicienten ſelbſt, ſondern auch gegen denjenigen richte, der ſich die Vortheile einer in ſeinem Namen vorgenommenen Dejection durch Ratihabition aneigne,

l. 1 § 14 D. de vi. 43, 16.

l. 3 § 10 eod.

Und doch iſt die Dejection ein rein factiſches Verhältniß.[330]) Soll man dieſen Satz nicht auch umkehren und das Interdict gegen die Dejection auch demjenigen zugeſtehen können, der die frühere Beſitzergreifung durch ſeinen nunmehr dejicirten Geſtor genehmigt hat.

Da dies und ſomit rückwirkende Genehmigung des Beſitzerwerbs unzweifelhaft möglich iſt, iſt nur noch zu unterſuchen, inwieweit Rückwirkung der Genehmigung dem auch hier unter allen Umſtänden maßgebenden Beſitzeswillen des Geſtor entſpricht.

Da iſt denn wieder zu unterſcheiden, ob der Geſtor in die Innehabung der Sache durch Tradition von dem bisherigen Beſitzer behufs Eigenthumserwerbs gelangt iſt, oder nicht.

1. Im erſteren Falle iſt nicht anzunehmen, daß der bisherige Beſitzer ſich ſeines Beſitzes um eines ungewiſſen Geſchäftes willen zu entäußern gedenkt. Dies iſt in ähnlichen Fällen auch der Standpunkt der Quellen,

l. 18 D. de vi. 43, 16. l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41, 2.

Die Uebergabe der Detention an den Geſtor wird hier daher regelmäßig nur den Zweck haben, den zukünftigen Beſitzerwerb vorzubereiten, und nach Umſtänden dem Geſtor den Gebrauch der Sache ſofort einzuräumen. Daher kann Tertius gegen jeden Vierten die Beſitzklagen anſtellen; der Geſtor natürlich ſchlägt dieſelben mit exceptio doli zurück.

Dadurch nun, daß hienach in der Regel der Tradent Beſitzer der Sache bis zum Moment der Genehmigung verbleiben will, wird derſelben für dieſe Fälle die rückwirkende Kraft genommen und dieſes Reſultat ſtimmt vollkommen überein damit, daß, wie wir eben ſahen, der Ratihabent auf Grund der Tradition das Eigenthum erſt im Zeitpunkt der Ratihabition erlangt.

Möglich iſt es aber freilich auch bei der Beſitzübergabe, daß Tertius den bisher für ihn begründeten Beſitz ſofort aufgeben will.

[330]) Vom Standpunkt der Mitſchuld an dem Delict der Dejection kann die Haftung des Ratihabenten nicht erklärt werden. Denn die Mitſchuld könnte doch nur den Mandanten, nicht den erſt nachträglich hinzukommenden Ratihabenten treffen.

2. In dieſem, ſowie in jedem andern Fall, wo der Geſtor ſofort Beſitz für den Dominus erwerben kann, alſo namentlich bei einſeitiger Beſitzergreifung, erhebt ſich vor Allem die Frage: Wie ſteht es bis zum Augenblick der Genehmigung mit dem Beſitzesſchutz? Denn da Dominus vor der Genehmigung einen Beſitzwillen in keiner Weiſe innehat, andererſeits aber der Geſtor, wie es zunächſt ſcheint, die Sache alieno nomine beſitzt, ſcheint der vorläufige Zuſtand ein rechtlich vollkommen ſchutzloſer zu ſein.

Indeſſen kann nicht wohl angenommen werden, daß der Geſtor bis zur Ratihabition ſeine Sache einfach auf nichts geſtellt hat; man kann ſich vielmehr der Erkenntniß nicht verſchließen, daß er gewillt iſt, die Sache für den Dominus feſtzuhalten. Iſt aber dieſer Wille Beſitzeswille, begründet er für den Geſtor den Rechtsſchutz, da dieſer doch nicht die Meinung hat, die Sache als die ſeinige zu beſitzen, ſondern die Innehabung lediglich in fremdem Intereſſe ausübt?

Dieſe Frage iſt neuerlich einer Beſprechung unterzogen worden von Mandry[331]) und indem ich auf deſſen diesfällige Ausführungen verweiſe, glaube ich mit ihm annehmen zu können, daß der Mangel des animus domini den Interdictenſchutz in der Perſon des Geſtor nicht ausſchließt; dieſer wird alſo bis zum Eintritt der Genehmigung rechtlich geſchützter Beſitzer.[332])

Eine weitere Frage iſt es jedoch, wie ſich nun zu dieſem Beſitz des Geſtor die Möglichkeit einer Rückwirkung der Ratihabition verhält. Schließt nicht die Annahme, daß bis zur Ratihabition Beſitz in der Perſon des Geſtor begründet iſt, die rückwirkende Kraft der Genehmigung aus, ſo daß der Beſitz mit allen ſeinen Folgen, alſo in erſter Linie dem Eigenthumserwerb, erſt vom Momente der Ratihabition datirt?[333])

Zuzugeben iſt hier ohne Weiteres, daß der Interdictenſchutz für die Vergangenheit dem Dominus nicht mehr zugeſprochen werden kann; man kann den bisher beſtandenen Rechtszuſtand nicht ex post convertiren. Nur ſoweit die in der Zwiſchenzeit eingetretene Beſitzesſtörung auch

---

[331]) Arch. f. civ Prax Bd. 63, „zur Lehre von Beſitzeswillen" S. 5 flg.

[332]) Dies widerſpricht übrigens nicht dem oben S. 57 Geſagten, weil offenbar der beſitzende Negotiorum Geſtor in einem ganz andern Verhältniß zur Sache ſteht als der bevollmächtigte Stellvertreter; jener weiß, daß er die Sache feſthalten muß, und hat hiezu den Willen; dieſer nicht

[333]) Die Anſicht Mandrys iſt mir in dieſer Beziehung aus dem bezeichneten Aufſatze nicht recht klar geworden.

nach der Ratihabition noch fortdauert, iſt dem Dominus auf Grund des nunmehr ihm zuſtehenden Beſitzes neuer, ſelbſtändiger Rechtsſchutz zu gewähren. Anders bezüglich der anderweitigen Beſitzesfolgen. Hier haben wir ein ſehr entſchiedenes Präjudiz des römiſchen Rechts, daß der Interdictenbeſitz des Einen die Beſitzesvortheile für einen Andern nicht unbedingt ausſchließt. Es iſt dies der Rechtsſatz, daß der Beſitz des Pfandgläubers den Uſucapionsbeſitz des Verpfänders nicht ausſchließt. Gleichwie hier dem Verpfänder Rechtsfolgen des Beſitzes zuerkannt werden, obwohl die Interdicte einem Andern zuſtehen, müſſen auch in unſerem Fall die Rechtsfolgen des Beſitzes, z. B. Pfandrechts-, Eigenthumserwerb u. ſ. f. trotz des inzwiſchen beſtandenen Beſitzes des Geſtor dem Dominus nach rückwärts hin zuerkannt werden, wie ja auch der Geſtor ſeinen Beſitzwillen lediglich auf den Interdictenſchutz richtet, die ſonſtigen Rechtsvortheile des Beſitzes aber dem Dominus ex tunc erwerben will.

Hieraus ergibt ſich uns der Satz: Wenn der Geſtor für den Dominus den Beſitz erwirbt, ſo erhält er den Interdictenſchutz; in Beziehung auf die übrigen Rechtsfolgen des Beſitzes tritt Rückwirkung ein.[334])

Nur die Uſucapion kann kraft bekannter Beſtimmung dem Dominus erſt vom Augenblick der Kenntnißnahme laufen.

IV. Bei Obligationen iſt vor Allem zu ſagen, daß bei eintretender Ratihabition die Entſtehung der Obligation ſchon auf die Zeit der Geſtio zurückverlegt wird; der Dritte wird daher jetzt ſo behandelt, als wäre die Obligation von Anfang an giltig geweſen. Er haftet daher für in der Zwiſchenzeit begangenen Dolus oder Culpa[335]); ebenſo für fraudulöſe Veräußerungen[336]), der Principal tritt in die Reihe der Concursgläubiger als vollberechtigter Gläubiger ein, deſſen Rechtshandlung nicht angefochten werden kann, mag auch die Ratihabition erſt innerhalb der Anfechtungsfriſt geſchehen ſein.[337]) Nur kann natürlich die Rückziehung der Ratihabition nicht bewirken, daß nun auch der factiſche Zuſtand, der vor der Ratihabition beſtanden hat, in ſein Gegentheil verkehrt würde; denn dies wäre widerſinnig. Insbeſondere kann alſo der Beginn der Verjährung der Klage, welche vor der Ratihabition nicht angeſtellt werden konnte,

[334]) Zu bemerken iſt übrigens, daß möglicherweiſe der Geſtor auch das Eigenthum für ſich erwerben will; dann handelt er aber gar nicht als Stellvertreter.

[335]) l. 8 pr. D. de C. E. 18, 1, l. 31 pr. D. de nov. 46, 2.

[336]) l. 27 pr. D. qui et a quib. man. 40, 9, l. 16 § 4 D. eod., l. 16 pr. D. de H. F. 5, 3, l. 23 § 5 D. de pig. 20, 1, l. 40 D. ad. l. Aq. 9, 2.

[337]) Vorbehaltlich jedoch des § 28 sub c Geſagten.

nicht ex post zurückdatirt werden. Ebenſo kann die Fälligkeit der Forderung und die Mora erſt mit der Ratihabition eintreten; denn, wie Wächter richtig bemerkt, es wäre widerſinnig zu ſagen, daß ein Schuldner, der in einem gewiſſen Zeitraum gar nicht zu zahlen verbunden war, hinterher ſo zu behandeln ſei, als ob er in dieſem Zeitraume hätte zahlen ſollen. Ebenſo gilt auch von Zinſen und Früchten einer geſchuldeten Sache im Zweifel, daß der Schuldner dieſelben, ſoweit ſie während der Zeit bis zur Ratihabition entſtehen, behalten darf; denn es iſt anzunehmen, daß die Ratihabition gleichzeitig als eine Befriſtung der Pflicht des Schuldners, die Früchte herauszugeben, gedacht wurde. Nur wenn der Geſtor ſogleich in den Beſitz der fruchtbringenden Sache geſetzt wurde, wird anzunehmen ſein, daß dem Dominus das Fruchtbezugsrecht ſofort eingeräumt werden ſollte.[838])

V. Uebrigens vermag die Rückwirkung nicht zu bewirken, daß das genehmigte Geſchäft dem zur Zeit der Genehmigung geltenden Geſetze entzogen werde. Hierüber vgl. unten Cap. IV. § 38.

VI. Endlich kann durch die Rückwirkung der Genehmigung eine für die Vornahme der Haupthandlung vorgeſchriebene Friſt nicht verlängert werden. Iſt daher die Genehmigung nicht innerhalb dieſer Friſt erfolgt, ſo kann ſie überhaupt nicht mehr vor ſich gehen. Denn das zu genehmigende Geſchäft muß eben innerhalb der Friſt perfect werden, um wirkſam zu ſein, und an der Thatſache, daß dieſes nicht geſchehen und das Geſchäft ſomit präcludirt iſt, vermag die Genehmigung nichts mehr zu ändern.[839]) [840])

VII. Im Anſchluſſe hieran iſt noch die ſehr beſtrittene Frage zu erörtern, ob die Zahlung von Schulden an einen ſtellvertretenden Geſtor auch dann noch genehmigt werden könne, wenn im Augenblick der Genehmigung bereits die Verjährung der betreffenden Schuldforderung eingetreten iſt.

---

[838]) Vgl. zu dem Geſagten Wächter W. P. R. II. S. 708 flg. Bangerow Pand. I. S. 144.

[839]) Mit Unrecht nahm das R. O. H. G. (Entſch. XII. n. 14) in einem Fall, wo ein nicht legitimirter Proceßmandatar ein Rechtsmittel angemeldet hatte und dasſelbe erſt nach Ablauf des Fatale genehmigt wurde (unter Verweiſung auf Präjud. d. Preuß. Ob. Trib. Sammlung I. S. 436 u. 2048) Rechtzeitigkeit des Rechtmittels an.

[840]) Eine Einſchränkung erhält das hier Geſagte durch das im Text sub VII Folgende bezüglich ſolcher Handlungen, welche nur die Ausübung eines befriſteten Rechtes gegen beſtimmte dritte Perſonen enthalten.

Die Schriftſteller kommen hier je nach Maßgabe ihrer verſchiedenen Anſichten über Weſen und Wirkungen der Ratihabition zu verſchiedenen Reſultaten. Wer die Ratihabition für ein erworbenes Recht des Dominus (im vorliegenden Fall des Gläubigers) anſieht, muß natürlich zu dem Reſultate gelangen, daß ihm dieſes Recht auch durch vor der Ratihabition eintretende Verjährung nicht entzogen werden kann: und ſo kommt Zimmermann (S. 274) zu dem Ergebniß, daß der Gläubiger auch nach Ablauf der Verjährungsfriſt die an ſeinen Geſtor geleiſtete Zahlung noch mit Rechtswirkſamkeit ratihabiren kann. Zu der entgegengeſetzten Auffaſſung gelangen alle Diejenigen, welche der Ratihabition den Charakter eines erworbenen Rechtes nicht in ſo hohem Maße wie Zimmermann zuerkennen; dieſe ſprechen dem Gläubiger nach eingetretener Verjährung das Ratihabitionsrecht ab.[341])

Unſeres Erachtens ſind hiebei verſchiedene Möglichkeiten wohl auseinanderzuhalten.

Wenn nämlich der Schuldner während des Laufs der Verjährung an einen ſtellvertretenden Geſtor zahlt, ſo kann dies vor Allem in der Abſicht geſchehen, auf den Lauf der Verjährung ſofort zu verzichten und die Zahlung dem Gläubiger auf alle Fälle zu Gute kommen zu laſſen; es kann aber die Zahlung auch ohne dieſe Abſicht erfolgt ſein.

Im erſteren Falle liegt in der Zahlung eine Unterbrechung der Verjährung, gleichwie dieſelbe durch jedwede Anerkennung der Schuld erfolgen kann. Zwar iſt dieſe Unterbrechung nicht gegenüber dem Gläubiger ſelbſt erfolgt, aber andererſeits hat der Schuldner in dieſem Fall eben den Willen, daß die dem Geſtor gegenüber erfolgte Unterbrechung der Verjährung dem Gläubiger zu Gute kommen ſolle. Dieſe vertragsmäßige Unterbrechung der Verjährung kann natürlich vom Gläubiger auch nach Ablauf der Verjährung noch ratihabirt werden[342]), und hiemit iſt von

---

[341]) Citate ſ. bei Zimmermann S. 258 flg. Hinzuzufügen iſt Unterholzner Verjährungslehre (2. Aufl. S. 294 Anm.) und Hellmann Stello. S. 140.

[342]) M. a. W.: Der Schuldner, der gegenüber dem Geſtor die Verjährung unterbricht, muß ſich gefallen laſſen, daß der auf Unterbrechung gerichtete Vertrag vom Gläubiger jederzeit ratihabirt wird, weil eben jeder, der ſich mit einem Geſtor einläßt, ſich dem Ratihabitionsrecht des Dominus unterwirft. Nur ein nicht ganz präciſer Ausdruck hiefür iſt der von Bahr, Anerkennung S. 177, daß der Schuldner, der an einen Procurator z. B. zahlt, ohne den Nachweis ſeiner Vollmacht zu verlangen, ſpäter keinen Einwand aus dem mangelnden Mandat hernehmen könne, weil er den Procurator als ſolchen anerkannt habe. Die Thatſache iſt richtig, aber der Grund iſt nicht der, daß eine Anerkennung vorliegt, ſondern der, daß der

ſelbſt gegeben, daß in ſolchem Falle auch die Zahlung an den Geſtor nach eingetretener Verjährung noch genehmigt werden kann.

Liegt aber ein ſolcher auf Unterbrechung der Verjährung gerichteter Wille nicht vor, dann müſſen wir, auf Grund unſerer Auffaſſung, wonach die Ratihabition nicht ein erworbenes Recht des Gläubigers, ſondern nur Perfection eines imperfecten Vertrages iſt, verlangen, daß alle Vorausſetzungen zur Giltigkeit dieſes Vertrags in dem Augenblicke noch vorliegen, wo die Ratihabition erfolgt, mit anderen Worten, daß zur Zeit der Ratihabition die Schuld noch nicht verjährt ſei. Zum entgegengeſetzten Reſultate muß natürlich Jeder gelangen, der die Ratihabition für ein erworbenes Recht des Dominus anſieht. Hiemit kommt man aber, wie ich glaube, zu äußerſt unpraktiſchen Conſequenzen, indem eine derartige Annahme der ganzen Tendenz des Verjährungsinſtituts widerſtreiten würde. Ganz abgeſehen hievon widerlegt ſich übrigens jene Auffaſſung durch folgende Erwägung: Die Verjährung einer Schuld iſt doch Zerſtörung der Obligation, und zwar eine ſolche Zerſtörung, die von Rechtswegen, ohne Hinzuthun der Parteien eintritt. Andererſeits iſt die Zahlung an den Geſtor nicht perfecte, ſondern imperfecte Zahlung; ihre Rechtswirkſamkeit hängt von der Ratihabition ab. Nun liegt die Sache ſo: So lange die Ratihabition beſtand, exiſtirte keine (vollgiltige) Zahlung; und als die Zahlung perficirt wurde, exiſtirte keine Obligation mehr. Daher iſt die Zahlung in keinem Momente richtige Zahlung geweſen; ſie kann alſo condicirt werden.

Dieſer Erwägung ſteht es nicht entgegen, wenn wir im Falle der l. 71 § 2 D. de sol., wo Creditor eine vom Geſtor eingetriebene Schuld vor der Ratihabition erlaſſen hatte, an der Hand der Quellen annahmen, daß das Ratihabitionsrecht hiedurch nicht ausgeſchloſſen ſei. Etwas anderes iſt nämlich Aufhebung einer Obligation durch Parteiwillen (Erlaß), etwas anderes Aufhebung durch Verjährung. Die Aufhebung eines Rechtsverhältniſſes durch Parteiwillen iſt ſelbſt nur ein Rechtsgeſchäft, welches ſehr wohl vermöge der beſonderen obwaltenden Verhältniſſe den Charakter der Schwebe annehmen kann. So iſt die Novation einer bedingten Schuld ſelbſt bedingte Novation, mögen die Parteien auch die Schuld für eine unbedingte gehalten haben; denn ſie wollen doch nur ſo viel noviren, als geſchuldet wird. Ebenſo iſt der Erlaß einer an den Geſtor gezahlten

Schuldner ſich mit dem Procurator, ob mit oder ohne Mandat, alſo auch mit dem vollmachtsloſen Procurator, einlaſſen wollte, daher ſich der Ratihabition unterworfen hat.

Schuld in Schwebe; denn der Gläubiger will nur ſo viel erlaſſen, als noch nicht gezahlt iſt, und würde vielleicht nicht erlaſſen, wenn er von jener Zahlung an den Geſtor Kenntniß hätte. Er verzichtet daher mit dieſem Erlaß keineswegs auf ſein Ratihabitionsrecht; vielmehr erſcheint nun der Erlaß ſelbſt als ein ſchwebender. Anders ſteht die Sache bei der Verjährung. Dieſe kann nicht wie der Schulderlaß in Folge bereits geleiſteter Zahlung den Charakter der Pendenz annehmen, ſondern ſie vernichtet die Obligation ſtets ganz und definitiv, ſo daß der Convaleſcenz der Zahlung kein Raum belaſſen wird.

Daher iſt der Satz aufzuſtellen, daß, wenn der Schuldner bei der Zahlung an einen Geſtor nicht den Willen hatte, auf die Verjährung zu verzichten, die Ratihabition nach Eintritt der Verjährung nicht mehr erfolgen kann.[843])

Wann nun dieſer Wille als vorhanden anzuſehen iſt, wann nicht, das iſt quaestio facti. Er wird insbeſondere dann als vorhanden angenommen werden müſſen, wenn der Schuldner bei der Zahlung wußte, daß der Vertreter keine Vollmacht hatte und dennoch ohne Vorbehalt zahlt; hier wird in der Zahlung implicite der Wille gelegen ſein, auf die nahende Verjährung zu verzichten. Das Gegentheil wird dort anzunehmen ſein, wo er den Procurator für bevollmächtigt hält; hier zahlt er, weil er glaubt zahlen zu müſſen, und will nicht auf die Verjährung verzichten.

In ganz gleicher Weiſe iſt in allen andern Fällen zu entſcheiden, wo der Negotiorum Geſtor Dritten gegenüber ein zeitlich begrenztes Recht des Principals ausübt und die Ratihabition erſt nach Ablauf der zeitlichen Grenze dieſes Rechtes eintritt.[844]) Hatten die Dritten hier den Willen,

[843]) Dem entſprechen die Quellen L. 25 § 1 D. R. R. H. 46, 8, welche offenbar vorausſetzt, daß der Schuldner auf die Verjährung nicht verzichten wollte — er zahlte an den Geſtor nur mit Vorbehalt (rechtzeitiger) Ratihabition (ratam rem dominum habiturum cavit) — ſchließt das Ratihabitionsrecht nach Eintritt der Verjährung auch wirklich aus. In der ſcheinbar widerſtreitenden l. 71 § 1 D. de sol. 46, 3 aber iſt der Grund, weshalb die Ratihabition auch nach der Verjährung noch zulaſſig erklärt wird, wie ausdrücklich angegeben wird, der, daß ein Bürge als ſolcher gezahlt hat (vgl. l. 47 D. eo. ind. Unterholzner Verjährungslehre (2 Aufl.) II. S. 294 Anmerk.; ferner die bei Zimmermann S. 260 a. E. angeführten Schriftſteller und Hellmann S. 140 flg. Von einem erworbenen Ratihabitionsrecht des Principals iſt in der ganzen Stelle nicht die Rede. Demnach ſteht dieſe Stelle der l. 25 § 1 D. R. R. H. nichts entgegen.

[844]) Hiedurch wird alſo das im Text sub VI Geſagte eingeſchränkt. Vgl. oben Note 341.

auf den Vortheil des Zeitablaufs gegenüber dem Geſtor zu verzichten, ſo kommt dieſer Verzicht dem Principal zu Gute und kann die Ratihabition auch nach Ablauf des bezüglichen Termines erfolgen; andernfalls iſt ſie von dieſem Zeitpunkt an präcludirt.

Hat alſo z. B. in einem Falle, wo die Haftung des Dritten gegenüber dem Principal an eine zeitliche Grenze gebunden iſt (e. g. die ädilitiſchen Klagen), der Dritte während ſeiner Haftung gegenüber dem Procurator anerkannt, für einen gewiſſen Schaden aufkommen zu müſſen, ſo richtet ſich die Entſcheidung der Frage, ob der Principal dieſe Haftungserklärung auch nach Ablauf der Haftungsdauer ratihabiren kann, lediglich danach, ob der Dritte bei jener Erklärung auf den Vortheil der Garantiefriſt verzichten wollte oder nicht. Wann der eine, wann der andere Fall vorliegen wird, iſt oben beſprochen worden.[346])

Iſt die vorſtehende Behandlung der einzelnen praktiſchen Fälle richtig, ſo ergibt ſich hieraus, daß die Rückwirkung der Ratihabition von einem Zuſtande der Pendenz im techniſchen Sinne nirgends begleitet iſt. Gerade in jenen Fällen, wo dieſe Pendenz hätte praktiſch wichtig werden können — bei der Ratihabition des derivativen Eigenthums- und Beſitzerwerbes durch einen ſtellvertretenden Geſtor, ſowie bei der nach eingetretener Verjährung erfolgenden Ratihabition der Zahlung von Schulden an einen ſolchen — kamen wir zu Reſultaten, welche mit der Annahme einer Pendenz im directen Widerſpruch ſtehen. Sind daher unſere Reſultate richtig, ſo iſt durch dieſelben von ſelbſt und neuerdings bewieſen, daß die Rückwirkung der Ratihabition nicht die Entſcheidung enthält über einen ſchwebenden, ungewiſſen Zuſtand, ſondern daß ſie nichts iſt als die nothwendige Conſecutive des auf Wirkung ex tunc gerichteten Parteiwillens, reſp. der dieſem Parteiwillen entſpringenden perſönlichen und ſachlichen Gebundenheit.

[346]) Gar nicht unter dieſe Rubrik gehört das von Zimmermann S 274 angeführte Beiſpiel: „Der Geſtor hat an einem Grundſtück des Principals eine Pfandrechts- oder Servitutbeſtellung vorgenommen und nun erſitzt ein Dritter das Grundſtück, ſo kann der Principal jene Acte des Geſtor immer noch genehmigen.“ Hier in liegt vor Allem eine Verwechslung der verſchiedenen Functionen der Ratihabition: Aneignung fremder Geſchäftsführung und Beſtätigung dinglicher Dispoſitionen eines Nichtberechtigten durch den Berechtigten. Offenbar liegt hier nur die letztere Function vor, und da der Principal, um die Pfandbeſtellung mit Rechtswirkſamkeit zu beſtätigen, zur Zeit der Beſtätigung noch Eigenthümer der Sache ſein mußte iſt auch klar, daß das vorſtehende Beiſpiel von Zimmermann unrichtig entſchieden wird.

Viertes Capitel.

Die Rechtswirkungen der Handlung des Stellvertreters in der Person des Vertretenen. (Hauptverhältniß.)

§ 30

Ueberſicht.

Nachdem die Vorausſetzungen wirkſamer Stellvertretung, nämlich die Handlung des Vertreters und die Vollmacht oder Ratihabition des Vertretenen nunmehr im Einzelnen beſprochen worden ſind, iſt zu zeigen, nach welchen Geſetzen ſich dieſe Beſtandtheile des Rechtsgeſchäftes zu concreten Rechtswirkungen für die Vertretenen vereinigen.

Dieſe Frage iſt nur die Frage nach den Erforderniſſen und der Wirkſamkeit des Rechtsgeſchäfts überhaupt unter dem beſonderen Geſichtspunkt der Stellvertretung. Sie läßt ſich auch ſo faſſen: Welche Modificationen erleiden die allgemeinen Grundſätze über Rechtsgeſchäfte im Falle des Beitritts von Stellvertretern? Sie wiederholt ſich daher gegenüber allen einzelnen Elementen, aus denen das Rechtsgeſchäft beſteht und läßt ſich nach dem Schema dieſer Elemente in eine Anzahl von Detailfragen zerlegen.

Die allgemeinen Grundſätze, nach welchen bei der Löſung dieſer Aufgabe vorzugehen iſt, wurden bereits im erſten Capitel dieſes Buches feſtgeſtellt; ſie heißen: Beurtheilung der Rechtsgeſchäfte nach dem wahren, nicht dem ſcheinbaren ihnen zu Grunde liegenden Willensentſchluß, und Berückſichtigung des für den dritten Betheiligten durch die Art des äußeren Auftretens des Stellvertreters begründeten Vertrauens auf die Perſon des ihm als beſchließend Erſcheinenden. Was uns jetzt noch übrig bleibt, iſt die Beantwortung der Detailfragen an der Hand dieſer Principien.

Der zu behandelnde Stoff läßt ſich nach folgender Ueberſicht zergliedern:

I. Erforderniſſe des Abſchluſſes der Rechtsgeſchäfte; u. zw.
  1. Subjective Vorausſetzungen des Abſchluſſes: Handlungsfähigkeit.
  2. Objective Vorausſetzungen des Abſchluſſes, u. zw.
    a) Form des Rechtsgeſchäftes,
    b) Willensbeſtimmung, u. zw.
      α) Einfluß von Irrthum,
      β) Einfluß von Betrug und Zwang,
      γ) Einfluß von scientia und mala fides,
      δ) Einfluß von dolus und culpa.
    c) Einfluß örtlicher und zeitlicher Grenzen des Rechts bei ſtellvertretenden Rechtsgeſchäften, u. zw.
      α) betreffend die Form der Rechtsgeſchäfte,
      β) betreffend den Inhalt derſelben.

II. Wirkſamkeit des Rechtsgeſchäfts für und gegen den Vertretenen, u. zw.
  1. Rechtsfähigkeit.
  2. Ueber die heutige Anwendbarkeit der adjecticiſchen Klagen.

Anlangend die Darſtellung iſt zu bemerken, daß nach dem im § 14 Geſagten die Geſammtmaſſe aller ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfte ſich durch das Zuſammenwirken des Princips der Willenstheilung und des äußeren Auftretens in ſechs Gruppen zertheilt, welche nach dieſen Principien eine im Einzelnen verſchiedene Behandlung erfordern. Daher werden denn auch im Nachſtehenden bei der Behandlung der Detailfragen dieſe Gruppen paſſend zu trennen ſein.

I. Abſchluß der Rechtsgeſchäfte durch Stellvertreter.

§ 31.

Handlungsfähigkeit.

Die Fähigkeit, einen juriſtiſch gültigen Willen zu haben (Handlungsfähigkeit), muß natürlich beim Dominus und beim Stellvertreter inſoweit vorhanden ſein, als ihr Wille Rechtswirkungen erzeugen ſoll. Insbeſondere muß alſo der Dominus fähig ſein, den Vollmachts- reſp. Auftragswillen zu beſitzen. Der Stellvertreter muß inſofern willensfähig ſein, als die Beſtimmung des Inhaltes des Rechtsgeſchäfts ihm über-

laſſen iſt. Dagegen braucht er nicht willensfähig zu ſein, inſofern er nicht ſelbſt einen Entſchluß faßt, ſondern lediglich einen beſtimmten Entſchluß des Principals ausführt, alſo inſofern er, wie man zu ſagen pflegt, blos als Gehilfe des Principals fungirt, ſei es nun als Gehilfe in einſeitigen Rechtsgeſchäften, ſei es als ſpeciell ſogenannter Bote in zweiſeitigen Geſchäften.[846])

Von dem Satze, daß der Stellvertreter, der will, willensfähig ſein muß, tritt aber bei Verträgen inſofern eine Ausnahme ein, als derſelbe dann nicht willensfähig zu ſein braucht, wenn er, obwohl wollend, ſich dem Dritten doch als nicht ſelbſtwollend, ſondern als bloßes Medium einer concreten Willensentſchließung des Principals dargeſtellt hat, m. a. W. dann, wenn der wollende Stellvertreter als Bote auftritt, vorausgeſetzt natürlich, daß er hiezu vom Principal bevollmächtigt war. Denn das Vertrauen der dritten Contrahenten darauf, daß der vorgegebene Auftrag wirklich vorhanden ſei, darf nicht getäuſcht werden; es präjudicirt alſo dem Principal, wenn der einer vernünftigen Ueberlegung unfähige Stellvertreter nunmehr Beſchlüſſe als die ſeinigen erklärt, welche ſeinen Intentionen fremd ſind. Allerdings ſind dieſe Entſchlüſſe nun in concreto weder vom Principal noch vom Boten gewollt. Aber der Principal darf ſich hierauf nicht berufen, denn er iſt an dieſem Sachverhalt ſelbſt ſchuld; er darf es ebenſo wenig, als er ſich ſonſt bei unentſchuldbarem Irrthum darauf berufen darf, daß der von ihm abgegebenen Erklärung kein wirklicher Wille zu Grunde liege.[847])

[846]) Wie wenn der ſpeciell beauftragte Vertreter im zweiſeitigen Rechtsgeſchäft ſelbſthandelnd aufgetreten iſt? Hier iſt zu unterſcheiden. War die Willensunfähigkeit dieſes Vertreters dem Tertius bekannt, ſo liegt für ihn nicht einmal der Schein einer Erklärung vor, die Handlung iſt alſo wirkungslos. War ihm aber die Willensunfähigkeit des Vertreters nicht bekannt, ſo muß das Rechtsgeſchäft doch für giltig erachtet werden. Oder ſollte es einen Unterſchied machen, ob in ſolchem Falle der Vertreter z. B. erklärt: „Mein Principal will X", oder ob er ſagt: „Ich mit Vollmacht des Principals will X"? Nimmt man, was wohl ziemlich allgemein geſchieht, an, daß die erſtere Erklärung giltig iſt, ſo wird man dasſelbe wohl auch im zweiten Falle zugeben müſſen. Wie es in dieſem Falle zu halten iſt, wenn Tertius ſich auf das äußere Auftreten des willenloſen Stellvertreters verließ, darüber vgl. unten § 37 Not. 390 u. S. 299.

[847]) Das im Text Geſagte ſteht nicht im Widerſpruch damit, daß, wie wir ſelbſt (S. 116) gegen Zimmermann bemerkt haben, Rechtsgeſchäfte nicht blos aus Erklärung ohne Willen beſtehen können. Soweit das Vertrauen des Mitcontrahenten zu ſchützen iſt, kann dies eben ausnahmsweiſe allerdings geſchehen, insbeſondere im Fall der ſogenannten Mentalreſervationen, und überall dort, wo

Von der Frage der Handlungsfähigkeit ist natürlich scharf zu trennen die nach der Verpflichtungsfähigkeit. Solche ist in der Person des Dominus natürlich stets soweit nothwendig, als er durch seinen Willen (Vollmacht, Auftrag) verpflichtet werden soll; für den Stellvertreter ist Verpflichtungsfähigkeit nicht nothwendig, insofern nur der Dominus durch seine Handlung verpflichtet werden soll [348]); soweit auch für ihn selbst eine Verpflichtung begründet werden sollte (z. B. in den Fällen des § 17), muß auch er hierzu die Fähigkeit besitzen.

§ 32.

Form des Rechtsgeschäfts.

Die Form eines Rechtsgeschäfts, insoferne sie gesetzlich vorgeschrieben ist, kann zweierlei Bedeutung haben.

Sie kann zunächst den Zweck haben, den Willensentschluß vor Uebereilung und Unbesonnenheit zu bewahren und dem Handelnden durch gewisse äußere Mittel die Wichtigkeit und Bedeutung seines Entschlusses klarzulegen. In diesem Falle ist die Form eine gesetzliche Cautel und Garantie gegen den Leichtsinn und dessen Uebervortheilung. Die Mittel, welche diesem Zwecke zu dienen haben, können verschiedene sein; Intervention einer Amtsperson, eines Richters, Notars, vorgängige Rechtsbelehrung, eidliche Bestärkung des Willens, kurz alle Vorgänge, welche geeignet sind, dem Handelnden die Tragweite seiner Erklärung klarzulegen oder ihn an die Wichtigkeit und Bedeutung des Moments zu erinnern. Solche Formen können Solennitätsformen im engeren Sinne des Wortes genannt werden. [349])

Der gesetzlichen Form eines Rechtsgeschäfts kann aber auch die andere Bedeutung zukommen, dem Willen der Parteien den Stempel nicht sowohl der Ueberlegung, als der Vollendung aufzudrücken. Es liegt auf der Hand, daß dies zwei grundverschiedene Dinge sind. Ein ganz unüberlegter Wille kann vollendet sein; ein wohl überlegter Entschluß

---

die nicht gewollte Erklärung dem Dritten in unentschuldbarer Weise zugemittelt worden ist. Vgl. Windscheid Pand. I. § 75, Not. 1 b u. 1 c, § 76.

[348]) Vgl l. 3 § 11, l. 4, l 23 D. de min., l. 7 § 2 D de inst a.° Auch wo, wie oft im Proceß, ein gewisses Alter für die Vertretungsfähigkeit vorgeschrieben ist, ist dies nur eine Ordnungsvorschrift und begründet die Vertretung durch eine ungeeignete Person keine Nullität.

[349]) In einem weiteren Sinne wird der Ausdruck Solennität bei Rechtsgeschäften mitunter von jeder gesetzlich vorgeschriebenen Form gebraucht.

kann unverbindlich erklärt werden. Durch letztere Formen will das Geſetz die oft ſchwierige Frage, ob eine Verabredung als unverbindliche Unterhandlung oder als perfecter Vertrag gemeint ſei, aus praktiſchen Gründen abſchneiden. Eine Verabredung ohne die vorgeſchriebene Form iſt eo ipso unverbindlich. Die Form wird dadurch eine liquide Beglaubigung der Ernſtlichkeit des Willens, gleichwie, um einen geiſtvollen Vergleich Ihering's zu gebrauchen, durch die Münzprägung das Metall beglaubigt wird.[350]) Auch kann die Form beſtimmt ſein, die Verträge gewiſſer Perſonen oder Verträge unter beſtimmten Verhältniſſen, welche aus perſönlichen oder ſachlichen Gründen dem Verdachte der Irrealität unterliegen, einer Controle zu unterwerfen, indem ſie den Willen zwingen kann, klar, mitunter ſogar in beſtimmtem Umfange publik zu Tage zu treten. Eine ſolche Bedeutung hatte z. B. oft die geſetzliche Vorſchrift beſtimmter Formen für die Verträge der Juden. Eben derſelbe Charakter wohnt der Vorſchrift des öſterreichiſchen Geſetzes vom 25. Juli 1871 Nr. 76 R. G. B. § 1 lit. b und c inne, wonach gewiſſe Verträge unter Ehegatten, ſowie Beſtätigungen über den Empfang des Heiratsgutes notariell vollzogen werden müſſen; man fürchtet gegenſeitige Uebervortheilung der Ehegatten oder der Gläubiger, ein Anklang an das römiſche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten.

Zwiſchen dieſen beiden Arten von geſetzlichen Formen beſteht nun ein weſentlicher Unterſchied in Beziehung auf Rechtsgeſchäfte, die durch Vertreter vorgenommen werden.

Die Formen der erſten Art laſſen nämlich Stellvertretung im Rechtsgeſchäfte überhaupt nicht zu.[351]) Der Grund, aus welchem dies angenommen werden muß, liegt im Geiſte ſolcher Beſtimmungen ſelbſt. Die Beſonnenheit und Ueberlegung des Willens, die richtige Erkenntniß der Tragweite des Rechtsgeſchäfts iſt nämlich durch jene Formen nur dann garantirt, wenn dieſelben ihre Wirkung auf den Handelnden perſönlich ausüben; ihr ganzer Werth ſinkt zur leeren Schablone herab, wenn ſie blos auf den Stellvertreter wirken. Was liegt dem Stellvertreter an fremdem Vermögen? Er kann dasſelbe leicht verſchleudern und iſt vielleicht nicht einmal einer Erſatzpflicht ausgeſetzt, wenn er z. B. das Mandat dazu hat. Was hilft die Rechtsbelehrung an den Stellvertreter, was die

---

[350]) Man vgl. überhaupt über dieſen Punkt die Bemerkungen von Ihering, Geiſt II. 2 S. 504 flg.

[351]) Vgl. Wächter, Württ. P. R. II. S. 680. Zimmermann, a. a. O. S. 123.

Intervention des Notars und der Actszeugen, welche die Besonnenheit des Stellvertreters controliren, der vielleicht mit dem Dritten colludirt, wenn der Dominus, als er die Vollmacht ertheilte, über die rechtliche Tragweite seiner Bevollmächtigung im Unklaren und vielleicht auch sonst in einem Zustand sehr abgeschwächter Verstandesfähigkeit war?

Welche Formen nun in concreto diese weitgehende Bedeutung besitzen, das ist allerdings in jedem einzelnen Falle sehr fraglich. Die Natur des der Formvorschrift unterliegenden Rechtsgeschäfts, die Art der vorgeschriebenen Form, kurz die ganze ratio legis müssen auf diese Frage Antwort geben.

So wird z. B. die Vorschrift der vorgängigen Rechtsbelehrung oder eidlichen Bestärkung bei Interceſſionen der Ehefrauen darauf hindeuten, daß das Gesetz hier persönliche Intervention der intercedirenden Ehefrau unumgänglich verlangt. Dasselbe wird wegen der bekannten Bedenken, die die Gesetze von jeher gegen Schenkungen kundgegeben haben, von Schenkungsformen in der Regel anzunehmen sein; man wird annehmen können, daß dem Gesetz nicht sowohl die Perfection des Schenkungsvertrags, als die Besonnenheit des Schenkgebers besonders zweifelhaft erscheint. Daher ist denn im Fall des obcitirten österreichischen Gesetzes lit. d (Schenkungsverträge ohne wirkliche Uebergabe bedürfen zu ihrer Giltigkeit eines Notariatsacts) meines Erachtens Stellvertretung unzulässig. Und zwar ist in allen bezeichneten Fällen Stellvertretung auch dann unzulässig, wenn der Stellvertreter als bloßer Nuntius auftreten wollte.[358])

Im Zweifel ist aber diese weitgehende Tendenz eines Formgesetzes nicht anzunehmen. Vielmehr kommt der Form in dubio nur die bezeichnete zweite Bedeutung zu: Manifestation zu sein für die Vollendung des Rechtsgeschäfts und Sicherstellung seines Inhalts. Solche Formen lassen Stellvertretung unbedenklich zu. Eine Frage für die Stellvertretungslehre könne derartige Formgesetze nur insoferne mit sich bringen, als sie nur für Rechtsgeschäfte bestimmter Personenclassen die Form vorschreiben und möglicherweise nur entweder der Dominus oder der Stellvertreter dieser Classe angehört. Nach wessen Person ist dann die Frage, ob die Form beobachtet werden muß oder nicht, zu beantworten? Die Antwort

[358]) Eine Ausnahme macht kraft specieller Bestimmung die Möglichkeit des Abschlusses der Ehe durch (Special-) Procuratoren. Dagegen ist bei der Vornahme der gesetzlich vorgeschriebenen Versöhnungsversuche im Ehescheidungsverfahren nach österr. R. Stellvertretung der Ehegatten unzulässig, vgl. österr o G. H. Nr. 3602.

iſt: Iſt die Form nur dem Dominus geſetzlich, ſo muß der Stellvertreter ſie doch beobachten, wenn dieſelbe im Allgemeinen die Beſtimmung hat, die Verträge der ihr unterworfenen Perſonen zu erſchweren und inhaltlich ſicherzuſtellen, was das Regelmäßige iſt.[353]) Iſt ſie dagegen nur zu dem Ende vorgeſchrieben, um bei der mangelhaften Fähigkeit gewiſſer Perſonen, ihren Willen zu erklären, eine Garantie für die Richtigkeit dieſer Erklärung zu geben, ſo braucht der Stellvertreter ſie nicht zu erfüllen[354]), ſo z. B. wenn für Verträge von Blinden, Tauben oder Stummen beſondere Formen vorgeſchrieben ſind. Auch hier gilt übrigens vom Nuntius dasſelbe, wie vom ſelbſtändig auftretenden Vertreter.[355])

Iſt umgekehrt für Verträge des Stellvertreters eine Form geſetzlich vorgeſchrieben, ſo braucht er dieſelbe, wenn er alieno nomine handelt, regelmäßig nicht zu erfüllen; nur dann, wenn dieſe Form zu dem Zwecke vorgeſchrieben iſt, die mangelnde Ausdrucksfähigkeit einer Perſon zu unterſtützen (z. B Formen für Verträge von Blinden, Tauben u. ſ. f.), muß der Stellvertreter dieſelben inſoweit beobachten, als ſein Wille es iſt, welchen er im Vertrage erklärt; inſofern er blos im Specialauftrag des Dominus erklärt, braucht er die Form nicht zu erfüllen.[356])

---

[353]) Andererſeits genügt die Erfüllung der Form durch den Stellvertreter, und zwar ſelbſt dann, wenn derſelbe blos Specialmandat hat. Denn nicht darauf iſt es bei ſolchen Formen abgeſehen, daß der Entſchluß unter dem Einfluß der Form gefaßt werde, ſondern darauf, daß derſelbe ſich durch Erklärung in der Form als ernſtlicher manifeſtire. Solche Manifeſtation kann natürlich auch der ſpeciell beauftragte Stellvertreter vornehmen.

[354]) So auch das oberr öſterr. Geſ § 1 lit. e. Eines Notariatsacts bedürfen zu ihrer Giltigkeit „alle Urkunden über Rechtsgeſchäfte unter Lebenden, welche von Blinden, oder welche von Tauben, die nicht leſen, oder von Stummen, die nicht ſchreiben können, errichtet werden, ſofern dieſelben das Rechtsgeſchäft in eigener Perſon ſchließen.“

[355]) Dem Geſagten zufolge iſt es zu weit, wenn Dernburg (a. a. O. S. 18) meint, der Stellvertreter habe die für den Principal geltenden Geſchäftsformen, „regelmäßig“ (?) zu erfüllen. Ebenſo unrichtig Curtius a. a. O. S. 88.

[356]) Anläßlich der Stellvertretung in formellen Rechtsgeſchäften iſt auch noch eines Irrthums Erwähnung zu thun, der ſich mitunter in der Praxis hinſichtlich der modernen Literalcontracte zeigt. Daß es der Natur dieſer Contracte nicht im Mindeſten widerſtrebt, wenn dieſelben durch Stellvertreter eingegangen werden, iſt längſt anerkannt und auch durch geſetzliche Beſtimmungen (a. d. W. O. Art. 95) ſanctionirt. Desungeachtet findet ſich anläßlich der Ratihabition von Literalcontracten, die von unbevollmächtigten Stellvertretern eingegangen werden, insbeſondere von Wechſeln, oft die Behauptung, eine blos mündliche Ratihabition des ſchriftlichen Accepts, welches der unbevollmächtigte Stellvertreter auf den Wechſel geſetzt hat,

§ 33.

Willensbeſtimmung. Insbeſondere vom Irrthum.

Da der Inhalt des Rechtsgeſchäfts durch den demſelben zu Grunde liegenden Willen beſtimmt wird, kommt es für die Beurtheilung des Inhaltes des Rechtsgeſchäfts gemäß den bereits entwickelten Principien in erſter Linie auf den Willen Desjenigen an, welcher den rechtsgeſchäftlichen Entſchluß in concreto gefaßt hat, mag dies nun der Vertreter oder der Vertretene ſein.

Dieſer Grundſatz gilt ausnahmslos beim einſeitigen Rechtsgeſchäft. Hatte hier der Vertreter Specialauftrag, ſo kommt es für die Wirkſamkeit des von ihm vorgenommenen Rechtsgeſchäfts immer auf den Willen des Vertretenen an; hatte er Generalvollmacht, ſo kommt es lediglich darauf an, was er ſelbſt gewollt hatte. Bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften gilt zunächſt derſelbe Grundſatz; er wird aber modificirt dadurch, daß der dritte Betheiligte ſich darauf verlaſſen kann, daß Derjenige, der ihm als wollend erſcheint, den Willen auch wirklich hat; daher wird der dritte Betheiligte die Erklärung nach der Perſon dieſes letzteren beurtheilen dürfen. Dies gilt insbeſondere von der Willensinterpretation; dieſelbe darf vom dritten Contrahenten nach der Sprechweiſe und den ſonſtigen Verhältniſſen Desjenigen vorgenommen werden, welcher ihm als handelnd erſcheint. Er wird alſo den Vertrag beim Boten nach der Ausdrucksweiſe des Principals, beim ſelbſtändigen Vertreter nach deſſen Perſon zu interpretiren berechtigt ſein.

ſei ungiltig. Eine ſolche Ratihabition ſei erſt das wahre Accept, müſſe daher ſchriftlich auf dem Wechſel ausgeſtellt werden. Dies iſt ganz falſch. Das Accept ſteht ja auf dem Wechſel; daß der Acceptant es perſönlich auf den Wechſel ſetze, iſt nicht nothwendig, da er ja auch durch einen Bevollmächtigten acceptiren kann. Obige Behauptung enthält die Verwechslung, als ſei die Schriftlichkeit des Accepts eine Solennitätsform, in welcher Stellvertretung unmöglich ſei, oder als ſei das Accept des Negotiorum Geſtor oder falsus procurator pro non scripto zu halten, was ebenfalls grundlos iſt.

Dieſe unrichtige Anſchauung hat der öſterr. o. G. H. bei Peitler, wechſelr. Entſcheid. in Nr 123 und Nr 179 und die erſte Inſtanz in Nr 95, richtig dagegen die oberſtger. Entſcheidung in Nr 95 und in allen drei Fällen die Entſch der zweiten Inſtanz. Die richtige Anſicht folgt für das öſterr. Recht ſchon daraus, daß gemäß Jhfd vom 24 October 1845, Nr 906 J G S. § 37, welcher Paragraph auch im Wechſelproceß gilt (§ 12 der Min. V. v. 25 Jänner 1850, Nr. 52 R. G. Bl) der Acceptant den Diffeſſionseid dahin abzulegen hat, daß das Accept weder von ihm ſelbſt, noch mit ſeiner Beſtimmung von einem Dritten geſchrieben worden ſei, welchen Eid er nach der Ratihabition nicht mehr ablegen kann.

Hinſichtlich der Wirkungen eines rechtsgeſchäftlichen Irrthums aber iſt folgendermaßen zu unterſcheiden:

Beim einſeitigen Rechtsgeſchäft kommt es lediglich auf den Willen des Beſchließenden an. Hat alſo der Stellvertreter Specialauftrag, etwa zum Beſitzerwerb, ſo iſt ſein Irrthum über die Identität der von ihm ergriffenen Sache wirkungslos, er erſcheint hier lediglich als phyſiſches Werkzeug der Beſitzergreifung; ebenſo etwa bei Erbſchaftsantritt, Occupation, Specification; hatte er allgemeine Vollmacht, ſo muß ſein Wille von Irrthum frei ſein, weil ſonſt die Handlung von keinem richtigen concreten Entſchluß getragen iſt.

Beim zweiſeitigen Rechtsgeſchäft aber iſt zwiſchen den einzelnen typiſchen Fällen der Willensvertheilung und des äußeren Auftretens zu unterſcheiden, wie folgt:

I. und II. Fall. Der Stellvertreter hatte nur Specialauftrag. Hier iſt ſein Irrthum immer irrelevant; mag er als Bote oder ſelbſtbeſchließend aufgetreten ſein, wenn er nur den Willen des Dominus richtig erklärt. Denn auch wenn er ſelbſtbeſchließend auftritt, hat der Dritte kein anzuerkennendes Intereſſe, den ſeinem Willen entſprechenden Vertrag anzufechten; ebenſowenig der Dominus. Beauftragt alſo D (Dominus) den P (Procurator), ihm beim T (Tertius) ein Pferd x zu kaufen, P hält das Pferd x für y und erklärt nun: D will x kaufen, oder: Ich will mit Vollmacht des D x kaufen, ſo iſt in beiden Fällen der Vertrag giltig. Denn der unbedingte Wille des D hat ſich zur richtigen Erklärung durchgeſetzt; hiemit ſind die Erforderniſſe des Rechtsgeſchäfts gegeben.

III. Fall. Der Stellvertreter hat einen Theil des rechtsgeſchäftlichen Willens zu faſſen, der Principal den andern; Auftreten des Stellvertreters als Bote.

Hier iſt wieder zu unterſcheiden zwiſchen *intenſiver* und *extenſiver* Willenstheilung.

a) Intenſive Willenstheilung. Der Stellvertreter hat zwiſchen mehreren concreten aber bedingten Entſchlüſſen des Principals zu wählen und den gewählten als Nuntius zu verkünden. Z. B. der Principal D beauftragt den Stellvertreter P von drei Pferden x, y und z dem Dritten T dasjenige, welches ihm am geeignetſten erſcheine, zu ſchenken. P hält das Pferd x für y und ſchenkt es dem T; der Vertrag iſt wieder giltig, obwohl der Vertreter in ſeiner Entſcheidung irrte; denn er irrt nur pro foro interno und wird dafür ſeinem Mandanten verantwortlich

ſein; nach außen hin bleibt es wahr, daß er erklärt hat, wozu er bevollmächtigt war. Denn beim Boten braucht ſich der Dritte nur darum zu kümmern, ob der Principal dem Boten wirklich erlaubt hat zu ſagen, was er ſagt; alles Weitere geht ihn nichts an.[267])

Liegt aber in dieſem Fall ein Irrthum auf Seite des Principals vor, ſo kommt derſelbe allerdings zur Wirkung, weil der Dritte eben den Principal als handelnd angeſehen hat. Gibt alſo der Principal den Auftrag x, y oder z, welches der ſtellvertretende Bote will, zu verſchenken, verwechſelte aber hiebei x mit x_1 und der Bote verſchenkt nun x, ſo iſt der Vertrag ebenſo anfechtbar, als wenn der Principal ſelbſt irrthümlich x ſtatt x_1 verſchenkt hätte. Daß der wollende Bote ſich hier nicht geirrt hat, kann dem Dritten nichts helfen, weil jener eben vermöge jenes Irrthums zur Schenkung von x nicht bevollmächtigt war.

b) Extenſive Willenstheilung. Iſt der Geſchäftswille zwiſchen Principal und Stellvertreter in der Art getheilt, daß der Principal nur einen Theil des Rechtsgeſchäfts beſchließt, den andern Theil des Entſchluſſes der Vertreter herzuſtellen hat, z. B. der Principal beauftragt den Vertreter, das Pferd x zu kaufen, aber den Preis hiefür ſelbſtändig zu accordiren, ſo kann wieder einem Irrthum des Vertreters keine Rechnung getragen werden, wenn er, wie wir hier vorausſetzen, als Bote aufgetreten iſt und die Grenzen ſeiner Vollmacht nicht überſchritten hat. E. g. im obigen Fall wäre P ermächtigt, das Pferd x zu jedem Preiſe zu kaufen; er verwechſelt x mit y und ſagt nun als Nuntius: „Mein Principal kauft das Pferd x um 100“ obwohl er ohne dieſen Irrthum für das Pferd nur 50 geboten hätte. Da hier D dem P ein Preislimito für das Pferd x nicht geſetzt hatte, ſomit P jedenfalls, wenn er nicht geirrt hätte, bevollmächtigt war, das Pferd x für 100 zu kaufen, da ferner den T nur der Vollmachtspunkt angeht und die Erklärung, x für 100 zu kaufen, gemäß der Vollmacht des Principals vorliegt, iſt der Vertrag unanfechtbar. Dasſelbe gilt auch vom error in substantia eines ſolchen Vertreters.

Dagegen müßte ein error in corpore oder in substantia auf Seite des Principals hier ſofort zur Anerkennung gelangen, weil ja der Vertrag auf ſeinen Namen geſtellt iſt.

IV. Fall. Tritt dagegen der Vertreter, welcher den theilweiſen Vertragswillen des Principals zu perficiren hat, ſelbſtbeſchließend auf, ſo kann jedenfalls einem Irrthum auf ſeiner Seite inſoweit Rechnung getragen werden, als er den Vertrag feſtſtellt.

[267]) Dieſen wichtigen Fall überſieht die Theorie Savigny's vollſtändig.

Im Einzelnen iſt hier wieder zu unterſcheiden:

a) Intenſive Willenstheilung. Hat der Stellvertreter z. B. zwiſchen den ihm vom Principal bezeichneten mehreren Objecten zu wählen und begeht bei der Wahl einen Irrthum, ſo kann er jetzt dieſen Irrthum auch gegen den Dritten hervorkehren, weil dieſer wußte, daß der Vertrag erſt von ihm unbedingt beſchloſſen wurde.

b) Extenſive Willenstheilung. Hier iſt ein Irrthum des Stellvertreters in jenen Punkten des Rechtsgeſchäfts, welche er beſchloſſen hat, von Bedeutung. In dieſen Punkten kann das Rechtsgeſchäft angefochten werden. Wie weit die Wirkung dieſer Anfechtung reicht, richtet ſich nur danach, inwieweit eine Anfechtung der betreffenden Elemente des Geſchäfts auch auf andere Beſtimmungen desſelben eine Rückwirkung üben muß. Dies hängt natürlich davon ab, ob der angefochtene Theil des Rechtsgeſchäfts eine unerläßliche Vorausſetzung ſeiner Exiſtenz bildet oder nicht.

Erſcheint vermöge des Irrthums des Stellvertreters der Wille hinſichtlich einer unentbehrlichen Beſtimmung des Rechtsgeſchäfts vollkommen ausgeſchloſſen, ſo wird durch die Anfechtung indirect das ganze Rechtsgeſchäft reſcindirt. Z. B. der Stellvertreter ſoll das Pferd x kaufen, hiebei aber den Kaufpreis ſelbſt accordiren. Er hält das Pferd x für y und verſpricht für dasſelbe die 100, die er wohl für x, niemals aber für y gegeben haben würde. Hier iſt zunächſt klar, daß die Preisbeſtimmung angefochten werden kann, weil ſie ohne richtige Vorſtellung vom Gegenſtand des Kaufs überhaupt undenkbar iſt. Da aber hinwiederum ohne Preisbeſtimmung ein Kauf nicht denkbar iſt, fällt in Folge dieſes Irrthums das ganze Geſchäft zuſammen.

Dadurch erledigt ſich endlich auch das berühmte Beiſpiel, welches Thöl (H. R. S. 228, oben S. 96) gegen die Theorie Savigny's aufgeſtellt hatte. Der Kauf des Grauſchimmels Hercules iſt anfechtbar, weil der Mandatar bei der Beſtimmung des Preiſes weſentlich irrte; wäre es eine bloße Tradition, bei welcher ein derartiger Irrthum im Object vorkäme, ſo wäre ſie unanfechtbar. Es war daher eine ganz unnöthige Conſequenz von Canſtein (Buſch's Arch. XXI. S. 278), auch den Kauf für giltig zu erklären.

Anders aber wird die Sache zu behandeln ſein, wenn der Irrthum des Vertreters kein ſo fundamentaler iſt, daß er eine weſentliche Beſtimmung des Rechtsgeſchäfts völlig hinfällig erſcheinen läßt. So müßte im eben beſprochenen Beiſpiel ein Irrthum des zum Preisaccorde entſendeten Stellvertreters ſchon ganz anders wirken, wenn er nicht ſowohl

die Identität des Kaufgegenſtandes, als blos deſſen Qualität beträfe. Iſt im obigen Falle der Stellvertreter mit redhibitoriſchen Mängeln des Pferdes unbekannt, während der Principal von denſelben wußte, ſo kann von einer Anſtellung der a.° redhibitoria keine Rede ſein, denn der Principal wollte ja das Pferd trotz ſeiner Mängel kaufen. Umſoweniger kann von einer völligen Stornirung des Kaufes die Rede ſein, da ja der Stellvertreter über die Identität des Pferdes nicht im Irrthum war. Deſſenungeachtet bleibt der Irrthum in der Preisbeſtimmung nicht wirkungslos; es muß vielmehr dem Principal, inſofern der Stellvertreter vermöge ſeiner Unkenntniß von den vorhandenen Fehlern einen höheren Preis für das Pferd bewilligte, als er ſonſt würde gethan haben, die a.° quanto minoris oder ex emto auf Minderung des Kaufpreiſes zugeſtanden werden. Und ebenſo wird auch allen andern Irrthümern, welche nicht tief genug greifen, um eine völlige Stornirung des Geſchäftes herbeizuführen, doch entſprechend Rechnung zu tragen ſein.

Hieraus können wir den Satz ableiten:

Hat der Stellvertreter den Vertrag theilweiſe beſchloſſen und iſt hiebei ſelbſthandelnd aufgetreten, ſo iſt ſeinem Irrthum inſoweit Rückſicht zu ſchenken, als er den Vertrag beſchloſſen hat. Dies führt zur gänzlichen Aufhebung des Rechtsgeſchäfts, wenn ſein Irrthum ein Vertragselement vollkommen zerſtört, ohne welches der Vertrag nicht beſtehen kann; andernfalls bleibt der Vertrag beſtehen, und dem Irrthum in den Nebenpunkten iſt entſprechend Rechnung zu tragen.

Der Irrthum des Principals gelangt hier natürlich immer inſoweit zur Geltung, als er den Vertrag beſchließt.

V. Fall. Der Vertreter hat den ganzen Vertragswillen; Auftreten als Bote. Hier kann wieder der Irrthum des Vertreters nicht berückſichtigt werden. Natürlich iſt aber in dieſem Fall auch ein Irrthum des Principals, dem Berückſichtigung geſchenkt werden müßte, nicht denkbar. Praktiſch wird übrigens in dieſer Weiſe nicht oft ein Geſchäft geſchloſſen werden.

VI. Fall. Der Vertreter hat den ganzen Vertragswillen und tritt ſelbſtbeſchließend auf. Hier muß ſeinem Irrthum immer Rechnung getragen werden, und da in dieſem Fall ein concreter Vertragswille des Principals überhaupt nicht vorhanden iſt, iſt auch einmal ein Fall gegeben, in welchem der Satz der Repräſentationstheorie, daß es bei der Stellvertretung nur auf den Willen des Vertreters ankomme, unbedingt richtig iſt. [858])

[858]) Verfehlt iſt nach den Ausführungen dieſes Paragraphs die allgemeine, von der Repräſentationstheorie dictirte Beſtimmung des ſächſ. bgl. G. B. § 846:

§ 34.

Einfluß von Zwang und Betrug, welche an dem Stellvertreter verübt werden.

Die conſequente Anwendung des Willensprincips ſcheint dazu zu führen, daß auch bei einem gegen den Vertreter geübten rechtswidrigen Zwang oder Betrug das Rechtsgeſchäft dann giltig ſei, wenn die durch Zwang oder Betrug entlockte Erklärung dem ſpeciellen Auftrag des Dominus entſpricht.

Dies iſt aber auch nur Schein. Denn das Willensprincip lautet, wie wir ſahen, dahin, daß

1 die Erklärung mit einem concreten Willen des Vertreters oder des Principals in juriſtiſchem Cauſalzuſammenhang ſtehen muß;

2. daß ſie ſich mit dieſem Willen auch in Uebereinſtimmung befinden muß.

Iſt nun dem Vertreter die Erklärung durch Betrug oder Zwang entlockt, ſo kann ſie zwar noch immer mit einem ſpeciellen Willen entweder des Dominus oder des Vertreters in Einklang ſtehen; es iſt aber zu leugnen, daß der Cauſalzuſammenhang zwiſchen dieſem Willen und der Erklärung gegeben ſei.

Vielmehr iſt es eben die Vorausſetzung des juriſtiſch relevanten Betruges und Zwangs, daß nicht der freie innere Entſchluß, ſondern der äußere Zwang es ſei, der die Erklärung hervorgerufen hat. Es iſt alſo in dieſem Fall der Cauſalzuſammenhang zwiſchen Erklärung und Willen abgeriſſen, daher das Rechtsgeſchäft anfechtbar erſcheint.

Das Geſagte gilt nicht blos hinſichtlich des als ſelbſtbeſchließend auftretenden Vertreters, wo es wohl von jeher anerkannt wurde; es gilt ganz ebenſo auch hinſichtlich des Boten.

Denn wenn einmal conſtatirt iſt, daß dem Boten ſeine Erklärung durch Betrug oder Zwang entlockt iſt, ſo iſt damit implicite auch feſtgeſtellt, daß der Bote ſie ohne dieſe Rechtswidrigkeit nicht abgegeben haben würde. Es iſt alſo in dieſem Fall der Wille des Auftraggebers

„Hat der Stellvertreter einen Vertrag geſchloſſen, ſo iſt nur ſein Irrthum unter den ſonſtigen Vorausſetzungen wirkſam“. .. Hiefür natürlich wieder die Begründung, daß ja doch der Stellvertreter „der wirkliche Contrahent“ ſei, mit der bemerkenswerthen Wendung, daß ihm in dieſer Beziehung „eine gewiſſe Macht und Gewalt“ gegeben ſei, die ihm „eine weſentlich andere Stellung gebe, als die eines blos als Organ des Vertretenen erſcheinenden Boten.“ Motive bei Siebenhaar Comm. II. S. 122. (2. Aufl.)

nicht der juriſtiſche Grund der Erklärung. Die zufällige Uebereinſtimmung ſeines Auftrags mit der Erklärung kann den fehlenden Cauſalnexus nicht erſetzen, denn ſonſt müßte es für den Auftraggeber auch verbindlich ſein, wenn ein Dritter, den er mit der Ausrichtung nicht beauftragt hatte, der aber den Inhalt des Mandats kennt, gezwungen würde, daſſelbe als Bote zu erklären.

Das hier gewonnene Reſultat widerſpricht natürlich nicht unſerem obigen Satze, daß der Bote nicht willensfähig zu ſein braucht. Denn der Mangel der juriſtiſchen Willensfähigkeit ſchließt nicht aus, daß ſeine Erklärung mit ſeinem Auftrag als im Cauſalnexus ſtehend betrachtet werde, was bei Betrug und Zwang eben nicht möglich iſt.

Hierin liegt aber eine Beſtätigung unſeres Satzes, daß der Bote kein ganz willenloſes Werkzeug des Principals, ſondern ein wahrer Stellvertreter iſt; wie Windſcheid ſagt: „ein Stellvertreter in der Erklärung.

§ 35.

Scientia und mala fides.

Unter dieſen Bezeichnungen faßt man die Kenntniß gewiſſer bei einem Rechtsgeſchäft vorhandener Verhältniſſe und Umſtände zuſammen, welche dem Handelnden die Berechtigung benimmt, aus dem Rechtsgeſchäft für ſich gewiſſe vortheilhafte Folgen abzuleiten. So benimmt die Kenntniß der ädilitiſchen Mängel dem Käufer das Recht, die a.° redhibitoria anzuſtellen, die Kenntniß der Wechſelfälſchung ſchließt die Berufung auf den gutgläubigen Erwerb, die mala fides in Grundbuchsangelegenheiten die Berufung auf das Publicitätsprincip, die Kenntniß der fraus auf Seite Desjenigen, der mit dem fraudulöſen Cridar contrahirt, die Wirkſamkeit des Geſchäfts gegenüber den Concursgläubigern aus u. ſ. w.

Auch hinſichtlich der Frage, nach weſſen Perſon beim ſtellvertretenden Rechtsgeſchäft das Vorhandenſein von scientia und mala fides zu beurtheilen iſt, kommen die gebräuchlichen Theorien zu divergirenden, meiſt unrichtigen Sätzen. Die Theorie Savigny's ſtellt Alles auf den Willen des Principals ab, und ſo kommt denn Dernburg[359]) zu dem quellenwidrigen Reſultat, daß die scientia des Procurator den Principal bei ſpeciellem Auftrag von der a.° redhibitoria nicht ausſchließe. Ebenſo Hellmann.[360]) Umgekehrt halten die Vertreter der Repräſentationstheorie

[359]) Heidelb. Zeitſchr I. S. 18 b. S. 20.

[360]) a. a O. S. 158 flg. Derſelbe ſucht vergebens Stellen wie l. 16, 17 D. de lib. ca. 40, 12, l. 51 D. de aed. ed. 21, 1 in ziemlich willkürlicher Weiſe hinwegzuinterpretiren.

die mala fides des ſelbſtändig auftretenden Stellvertreters auch dann für maßgebend und ſchädlich, wenn dieſer ſpeciellen Auftrag hatte. So ſoll auch in dieſem Falle die Berufung des Principals auf das Publicitätsprincip in Hypothekenſachen, ebenſo die Berufung auf den Rechtsſatz „Hand muß Hand wahren" u. ſ. f. wegen mala fides des Stellvertreters ausgeſchloſſen ſein.[161])

Für uns müſſen auch hier wieder unſere bereits dargelegten Principien maßgebend ſein. Hienach wird das Vorhandenſein von scientia und mala fides regelmäßig nach der Perſon Desjenigen zu beurtheilen ſein, der das Rechtsgeſchäft, reſp. den betreffenden Theil desſelben, bezüglich deſſen die mala fides zur Geltung kommt, wirklich beſchloſſen hat. Nebſtbei wird aber in zweiſeitigen Rechtsgeſchäften das Vertrauen des Dritten zu ſchützen ſein; inſoferne dieſer ſich auf die scientia Desjenigen, der ihm als handelnd erſchien, verlaſſen darf, wird dieſelbe nicht ignorirt werden dürfen, ſondern zu der vom Dritten erwarteten Wirkung zu bringen ſein.

Demgemäß ſtellt ſich die Caſuiſtik wie folgt:

1. Erwerb durch einſeitige Rechtsgeſchäfte. Hier iſt ein ſchutzbedürftiges Vertrauen betheiligter Dritter nie vorhanden, demgemäß kommt es immer auf den Seelenzuſtand Desjenigen an, der das Geſchäft gewollt hat. Beim ſpeciell beauftragten Vertreter alſo auf den Willen blos des Principals, bei genereller Vollmacht blos auf den Willen des Vertreters. Daher kommt es z. B. für die Uſucapion auf Grund eines rein einſeitigen Erwerbstitels, z. B. des titulus pro derelicto bei Specialauftrag blos auf die bona fides des Principals an.[162]) Bei Generalvollmacht aber müßte eigentlich auch der Vertreter zur Uſucapion in bona fide ſein, weil er den Beſitzerwerb und damit einen Theil des zur Uſucapion nothwendigen Thatbeſtandes begründete, ſomit auch ſein Wille von Widerrechtlichkeit frei ſein muß. Doch wird die Wirkſamkeit gerade dieſes letzteren Rechtsſatzes für das römiſche Recht dadurch ausgeſchloſſen, daß dasſelbe auch den Putativtitel als Fundament der Erſitzung gelten läßt, ſo daß der Principal ſeine Erſitzung ſchon damit begründen kann, daß er geglaubt habe, ſein Stellvertreter habe in bona fide erworben.[163])

---

[161]) Vgl. Regelsberger Bayr. Hyp. Rt. I. 162 u. Studien § 31 Exner öſterr. Hyp. Rt. I S. 111. Goldſchmidt Zeitſchr. f. H. R. IX. S. 39, Brinz Pand. I S. 633, Curtius a. a. O. S. 88 flg., Laband S. 227 u. A.

[162]) A. A. (m. E. mit Unrecht) Brinz Pand. I. S. 633, welche hier auch bona fides des Stellvertreters verlangt.

[163]) l. 11 D. p. emt. 41, 4; Windſcheid Pand. I § 178.

Demnach kann man den allgemeinen Satz aufstellen, daß nach römischem Recht für die Usucapion immer lediglich die Meinung des Principals maßgebend sei[164]), umsomehr, da nach dem bekannten Grundsatze des römischen Rechts die Usucapion erst im Augenblick der Kenntnißnahme des Principals vom Besitzerwerb zu laufen beginnt; in diesem Moment wird er eben immer den Putativtitel haben.[165]) [166])

2. Beim Erwerb durch zweiseitige Rechtsgeschäfte muß sehr wohl unterschieden werden, ob bei denselben ein schutzbedürftiges Vertrauen des Mitcontrahenten in Betracht kommt oder nicht. Im letzteren Fall nämlich ist der Erwerb lediglich nach dem reinen Willensprincip zu beurtheilen, im ersteren Falle jedoch wird dasselbe nach dem äußeren Auftreten des Vertreters modificirt. Ein schutzbedürftiges Vertrauen des Mitcontrahenten liegt aber nur dann vor, wenn sich der Erwerb auf seine Kosten vollzieht, so z. B. wenn durch das Rechtsgeschäft des Stellvertreters gegen ihn ein Forderungsrecht begründet wird; insoferne die Existenz und der Umfang dieser Forderung durch einen gewissen Seelenzustand in der Person des Erwerbers bestimmt ist, ist es für den Mitcontrahenten von wesentlichem Interesse, über die hienach maßgebende

[164]) So auch Unterholzner Verjahrungslehre I. S. 413, Windscheid Pand. I § 177. In jenen Fällen dagegen, wo ausnahmsweise auch ignoranti usucapirt wird, kommt es wieder allein auf den Willen des Vertreters an, gemäß der im Text ausgesprochenen allgemeinen Regel vgl Unterholzner a. a. O., Windscheid ebenda, Vangerow Pand. I S. 605.

[165]) Anders nach österr. Recht. Denn da hier die Usucapion auch ignorante domino beginnt (vgl die folgende Note) und auch ein Putativtitel zur Ersitzung nicht genügt (arg. § 1461 a. b. G. B.), kann man hier die aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebende Regel aufstellen, daß, wenn der Titel zur Usucapion durch einen Generalbevollmächtigten beschafft wird, dieser immer in bona fide sein muß.

[166]) Den Satz des römischen Rechts, daß die Usucapion erst im Augenblick der Kenntnißnahme des Principals vom Besitzerwerb zu laufen beginnt, hat das österr. Recht nicht recipirt, und da der Besitz dem Dominus im Momente des Erwerbs durch den Stellvertreter erworben ist, muß man für das österr. Recht wohl annehmen, daß derselbe auch für den ignorans dominus usucapiren kann. (Nicht entgegen steht der Ausdruck „wirklich besitze" in § 1360 a. b. G. B., indem hiemit wohl nur der Gegensatz zum publicianischen Recht hervorgehoben sein soll, vgl. § 853 a. b. G. B. vv. „Besitzrecht, Besitzstand", und kais. Verordnung vom 27. Oct. 1849, Nr. 12 R. G. Bl. § 5 vv. „factischer Besitzstand"). Doch würde, wenn der ignorans dominus während des Laufs der Ersitzung den Sachverhalt erfährt, seine Kenntniß entgegenstehender Rechte nach dem im österr. Rechte geltenden Grundsatz, daß mala fides superveniens schadet (arg. §§ 1460, 1463, 1493 a. b. G. B.), die Ersitzung ausschließen.

Perſon nicht getäuſcht zu ſein. Ganz gleichgiltig bleibt dagegen für den Mitcontrahenten, die Art der nicht gegen ihn ſelbſt gerichteten Wirkungen des Rechtsgeſchäfts; übergibt er z. B. kraft desſelben dem Stellvertreter eine Sache, ſo kann es ihm ganz gleichgiltig ſein, ob der Principal an derſelben Eigenthum erwirbt oder nicht, ob der Erwerb durch Dritte anfechtbar iſt oder nicht[887]) u. ſ. f. In dieſen Fällen kommt alſo das reine Willensprincip zur Geltung.

a) Betrachten wir zuerſt dieſe letzteren Fälle.

Hieher gehört vor Allem der Fall, daß vermöge eines zweiſeitigen Erwerbsacts eine nicht dem Veräußerer gehörige Sache zum Beſitz, oder ein unter der Herrſchaft des Publicitätsprincips ſtehender Gegenſtand der öffentlichen Bücher oder ein gefälſchter Wechſel erworben wird. In allen dieſen Fällen hängt die Entſcheidung der Frage, ob die Uſucapion, reſp. die Berufung auf den Rechtsſatz „Hand muß Hand wahren“ (Art. 306 H. G. B., § 367 a. d. G. B.), ob ferner die Berufung auf das Publicitätsprincip oder jene auf Art. 74 a. d. W. O. zuläſſig ſei, lediglich davon ab, ob der Erwerb als ein gut- oder ſchlechtgläubiger zu qualificiren iſt. Hier fragt es ſich nun beim Erwerb durch Stellvertreter, ob der Seelenzuſtand des Principals oder des Stellvertreters für die Qualität des Erwerbs maßgebend iſt. Und dieſe Frage iſt nach unſerem Willensprincip u. zw. folgendermaßen zu entſcheiden:

Bei ſpeciell ertheiltem Auftrag iſt maßgebend lediglich der Seelenzuſtand des Vertretenen; war er in bona fide, ſo ſchadet die mala fides des Vertreters nicht, dieſer hat ja den Erwerb nicht gewollt, ſondern bei demſelben dem Principal nur Dienſt geleiſtet; daß er nebenher in mala fide war, iſt demnach ein gleichgiltiger Umſtand.[888])

Iſt daher dem Vertreter ein ſpecieller Auftrag zum Ankauf und demnächſt zur Beſitznahme einer Sache ertheilt worden, ſo entſcheidet auch hier über die Uſucapionsfrage lediglich die bona fides des Principals. In Beziehung auf die Uſucapion iſt der Erwerb, obwohl auf Grund

[887]) Daß er unter Umſtänden obligatoriſch haftbar werden kann, wenn er dem Principal nicht Eigenthum verſchafft, gehört nicht unter dieſen Geſichtspunkt, in Beziehung auf die Evictionsfrage wird allerdings ſein Vertrauen auf die Perſon des Handelnden geſchützt werden müſſen, die Eigenthumsfrage muß aber hievon getrennt behandelt werden (vgl. unten S. 285 II).

[888]) Die Richtigkeit dieſes Grundſatzes wird u. a. auch beſtätigt durch l. 2 D. Utig. 44 6, wonach die poena litigiosi nicht verhängt wurde, wenn ein Sclave eine litigioſe Sache im Auftrag des Herrn wiſſentlich gekauft hatte, während ſie allerdings eintrat, wenn der Sclave ſelbſtändig gekauft hatte

eines zweiſeitigen Geſchäftes geſchehen, doch lediglich nach dem Willensprincip zu beurtheilen, ohne daß dasſelbe durch ein äußeres Auftreten des Stellvertreters als ſelbſtändigen Contrahenten tangirt werden könnte. Desgleichen iſt bei Specialauftrag für die Frage, ob eine gekaufte, oder ſonſt auf Grund eines zweiſeitigen Geſchäfts erworbene Sache nach Art. 306 des H. G. B., reſp. dem Rechtsſatz „Hand muß Hand wahren", wo derſelbe particularrechtlich gilt (§ 367 a. b. G. B.), Eigenthum des Erwerbers werde, lediglich auf den Seelenzuſtand des Principals zu ſehen. Ebenſo iſt hier die Berufung auf das Publicitätsprincip, auf den guten Glauben beim Erwerb eines gefälſchten Wechſels u. ſ. f., nur nach der Redlichkeit des Principals zu beurtheilen.[***]) Ja, auch die Frage ob ein

---

[***]) Der hier entwickelten Anſicht kommt unter den Schriftſtellern am nächſten Dernburg (Heidelb. Ztſchr. S. 18 flg. u. Preuß. Pr. Rt. § 113 Not. 8, § 154 Note 9 u. 10, § 174 Note 6), welcher überhaupt in dieſer ganzen Lehre nebſt manchen unrichtigen die meiſten richtigen Reſultate hat. A. A. Brinz Pand. I. S. 633; Regelsberger Bayr Hyp. Rt I 162, und Studien § 31, welche, wenn der Stellvertreter ſelbſthandelnd auftritt, auch bei Specialmandat bona fides des Stellvertreters zum Erwerb der obbezeichneten Rechte verlangen Derſelben Anſicht iſt auch Goldſchmidt (über den Erwerb dingl. Rechte, in deſſen Ztſchr f. H. R. IX. S. 39). Seine Argumentation ſpricht aber mehr gegen als für ihn. Vor Allem erkennt er an, daß die Redlichkeit erforderlich iſt in der Perſon deſſen, der erwerben will Dann aber leitet ihn der Gedanke, daß mit dieſem Princip das Erforderniß der Redlichkeit oft geradezu illuſoriſch werden könnte, weil der Principal im Augenblick des Erwerbs durch den Vertreter von den ſpeciellen Umſtänden des Erwerbsactes nicht leicht etwas wiſſen wird. „Soll alſo im Fall des Erwerbs durch den Stellvertreter das Erforderniß der Redlichkeit nicht geopfert werden, ſo bleibt nur übrig, neben der feſtzuhaltenden Redlichkeit des Principals . . . die Redlichkeit auch des Vertreters zu erfordern." Der Fehler dieſer Argumentation iſt offenbar der, daß hiemit ein gewiſſes Maß von Kenntniß der thatſächlichen Verhältniſſe des Erwerbs als erforderlich vorausgeſetzt wird, um dem Poſtulat der Redlichkeit zu genügen. Wer gibt uns aber die Berechtigung, ein ſolches Maß zu fordern? Und wie groß ſoll das erforderliche Minimum von Sachkenntniß ſein? Vielmehr iſt die Vorausſetzung der Rechtswirkung des Erwerbs bei den in Rede ſtehenden Fällen immer nur ein Titel und das Abhandenſein der mala fides (negative Redlichkeit) vgl. Goldſchmidt ſelbſt ebenda S. 26, 28. Gerade dies beides hat der gutgläubige Principal des bösgläubigen Specialmandatars gewiß. Goldſchmidt's Argument würde zu viel beweiſen: Soll man vielleicht auch, wenn der Principal ſelbſt brieflich kauft und den Beſitz durch Connoſſement erwirbt, den Erwerb ausſchließen, weil auch hier eine mala fides ſchwerlich jemals begründet ſein wird? — Nach der entgegengeſetzten Richtung zu weit geht Kunze Inhaberpapiere S 680, welcher immer nur auf die Redlichkeit des Principals geſehen wiſſen will; dieſer Satz iſt unrichtig bei Generalmandataren.

fraudulöſes Rechtsgeſchäft des Cridars wegen mala fides des Mitcontrahenten anfechtbar iſt (§ 3 Z. 1 des deutſch. R. G. vom 21. Juli 1879, R. G. B. S. 277 und § 3 Z. 4 § 15 Z. 3a des öſterr. Geſ v. 16. März 1884 Nr. 36 R. G. B.) iſt blos nach dem reinen Willensprincip zu entſcheiden, weil hier ein ſchutzwürdiges Vertrauen des Mitcontrahenten auf die Perſon des Handelnden natürlich nicht in Rede ſteht und für die anfechtungsberechtigten Gläubiger lediglich der unredliche Wille des wirklich, nicht des ſcheinbar Beſchließenden die Baſis der Anfechtung bilden kann. Sie ſind nicht berechtigt, ſich darauf zu berufen, daß ihnen der doloſe Stellvertreter als der Handelnde erſchienen ſei, denn ſie ſind nicht Contrahenten und nur dem Contrahenten gegenüber gilt der Satz, daß er ſich auf den Seelenzuſtand Desjenigen, der ihm als handelnd erſcheint, als Baſis des Contracts muß verlaſſen können.

Das gerade Gegentheil gilt, wenn der Principal dem Stellvertreter zur Vornahme eines der oben bezeichneten Erwerbsgeſchäfte blos generelle Vollmacht gegeben hatte, ſo daß ihm ſelbſt der Gegenſtand des Geſchäfts, das Ob und Wann ſeiner Vornahme völlig gleichgiltig iſt. In dieſem Fall iſt die gut- oder ſchlechtgläubige Qualität des Erwerbs und demnach die Frage ſeiner Anfechtbarkeit immer nur nach der Perſon des Stellvertreters zu beurtheilen, weil ja der Principal bezüglich desſelben gar keinen Willen hat. Mag ihm auch zufällig bekannt ſein, daß z. B. die ſpecielle, vom Stellvertreter erworbene Sache fremdes Eigenthum iſt, ſo iſt doch dieſes Wiſſen ein ganz nebenſächliches; denn im Augenblick, wo der Stellvertreter den Erwerb für den Principal vollzieht, weiß letzterer ja gar nicht, daß gerade dieſe ihm als fremd bekannte Sache für ihn erworben wird, und eine mala fides superveniens kann dem ſchon vollzogenen Erwerb (ausgenommen natürlich bei der Uſucapion) nicht ſchaden [370]). Andererſeits muß aber natürlich der böſe Glaube des Generalmandatars dem Principal ſchädlich ſein, denn es iſt rechtlich abſolut unzuläſſig, daß ein Erwerb, der einen fehlerloſen Titel vorausſetzt, lediglich auf einem mala fide vorgenommenen Erwerbsact baſire. [371])

Iſt der Erwerbswille zwiſchen Vertreter und Vertretenen getheilt, ſo gelten bezüglich der bona fides folgende Grundſätze:

Iſt der Wille extenſiv getheilt, ſo muß bona fides Desjenigen verlangt werden, der den Erwerb hinſichtlich des Objects beſchloſſen hatte.

---

[370]) Vgl. Goldſchmidt a a O. S 39.

[371]) Unrichtig daher die entgegenſtehende Anſicht von Kunze Inhaberpapiere S. 680.

Hat alſo der Principal den Vertreter zum Ankauf einer Sache unbedingt beauftragt, ſo daß dieſem blos der Preisaccord überlaſſen blieb, ſo kommt es lediglich auf die Redlichkeit des Principals an

Iſt aber der Wille hinſichtlich des zu erwerbenden Objects intenſiv getheilt, dann muß man bona fides ſowohl des Vertreters als des Principals zur Giltigkeit des Erwerbs fordern. Denn hier hat ſowohl der erſtere als der letztere den Erwerb beſchloſſen, der eine bedingt, der andere unbedingt. Keiner dieſer Entſchlüſſe darf von einem unredlichen Bewußtſein getragen ſein, weil der Erwerb auf einen fehlerloſen Titel geſtützt ſein muß.

Gibt alſo der Principal dem Procurator den Auftrag: Kaufe die Waare A, wenn Du willſt, ſo müſſen beide in bona fide ſein, damit der Erwerb in den obigen Fällen ein unanfechtbarer ſei.[372]) Dies gilt insbeſondere auch beim Rechtserwerb durch den ſtellvertretenden Negotiorum Geſtor. Hier liegt immer eine intenſive Willenstheilung vor: Der Principal will in der Ratihabition unbedingt, was der Geſtor bedingt wollte. Darum muß vor Allem Jener ein redliches Bewußtſein haben. Aber auch vom Geſtor muß ein ſolches verlangt werden; denn der Principal macht ja die Handlung des Geſtor zur Baſis ſeines Erwerbs, er bekräftigt nur den von Jenem beſchloſſenen Erwerbsact und muß daher alle Fehler desſelben gegen ſich gelten laſſen.[373])

b) Wir betrachten nunmehr denjenigen Erwerb aus zweiſeitigen Rechtsgeſchäften, der ſich auf Koſten des Mitcontrahenten vollzieht; ſo z. B. wenn eine Forderung gegen ihn erworben wird. Hier iſt mit Rückſicht auf ſein zu ſchützendes Vertrauen zu unterſcheiden, ob der Vertreter ſich ihm als Bote oder als ſelbſtbeſchließender Paciscent dargeſtellt hatte.

[372]) So iſt auch das mit dem Erbar geſchloſſene Rechtsgeſchäft wegen der conscientia fraudis des Stellvertreters anfechtbar, wenn dieſem die Entſcheidung über das Zuſtandekommen des Rechtsgeſchäfts überlaſſen war; arg auch l 16 § 5 D. qui et a quib. 10, 9 Mit Unrecht wird dieſe Stelle von Goldſchmidt (a. a. O. S. 29) als Beweis dafür angeführt, daß auch beim unbedingten Specialmandat auf die Redlichkeit des Vertreters zu ſehen ſei. Die Stelle ſpricht nicht vom unbedingten Specialmandat, ſondern vom bedingten, der filius familias hatte nur die Erlaubniß, zu manumittiren, wenn er wollte

[373]) Hieher würde auch ein bei Goldſchmidt a. a. O. Note 28 angezogenes Urtheil des O T zu Berlin vom 9 Januar 1854 gehören Inſofern es ſich hier um die Frage handelte, ob bei Genehmigung eines ohne Auftrag vorgenommenen Erwerbs bona fides des Principals allein genüge, und dieſe Frage, wie es ſcheint, vom O. T., dem Goldſchmidt hierbei zuſtimmt, bejaht wurde, iſt dieſe Entſcheidung nach dem im Texte Geſagten nicht zu billigen.

Im Uebrigen kommt es natürlich immer wieder auf die Qualification des wahrhaft entſcheidend geweſenen Willens an. Es gilt alſo:

I. Iſt ein unbedingtes Specialmandat ertheilt und der Vertreter als Bote aufgetreten, ſo iſt ſein scientia und mala fides irrelevant. Dies iſt unbeſtritten.

II. Iſt aber der ſpeciell beauftragte Vertreter ſelbſtbeſchließend aufgetreten, dann darf der Dritte ſich, ſoweit es ſein Intereſſe betrifft, darauf verlaſſen, daß *er* der Wollende war; die Berufung auf *ſeine* Willensmängel muß ihm in jedem Augenblick freiſtehen, alioquin decipientur contrahentes. Wußte alſo unter dieſen Vorausſetzungen der Vertreter um die ädilitiſchen Mängel der von ihm gekauften Sache, ſo darf der Dominus die redhibitoria nicht mehr anſtrengen; denn der Dritte darf glauben, daß die redhibitoria ausgeſchloſſen iſt; ſein Mitcontrahent iſt ja nicht getäuſcht. Wußte der Stellvertreter, daß die gekaufte Sache evincirt werden kann, ſo kann der Principal die Evictionsklage nicht anſtellen u. ſ. f. (vgl. oben Note 367.)

Dieſer Grundſatz wird verkannt von der Theorie *Savigny's*[374]), welche überhaupt das äußere Auftreten des Procurator niemals berückſichtigt. Mit unſerem Reſultat dagegen ſtimmt in dieſem Punkte die Anſchauung der Repräſentationstheorie vollkommen überein.[375])

---

[374]) So *Dernburg* a. a. O. S. 18 sub c, *Hellmann* S. 158 flg, letzterer mit ſehr willkürlicher Quellenunterpretation.

[375]) Vgl l. 15 D. de aed ed. 21, 1, l. 10 § 3 D. de lib. ca. 40, 12. Ueber den angeblichen Widerſtreit der eben cit. Stellen mit l. 17 D. 40, 12, vgl. *Rudorff* zu *Puchta's* Vorl. § 274 Note 1, *Curtius* a. a. O. S. 90, *Vangerow* Pand. III. S. 300. 7 Aufl. Ganz ungerechtfertigt iſt es, wenn *Hellmann* dieſen Widerſpruch in der Weiſe wegzuinterpretiren will, daß er in l. 16 D. 40, 12 das patro mandante nicht von einem Specialmandat, ſondern dahin verſteht, daß es gleichbedeutend ſei mit patris nomine im Gegenſatz zu dem daneben ſtehenden peculiari = suo nomine. Dies iſt ſchon deswegen unmöglich, weil jeder Stellvertreter nach claſſiſchem Recht suo nomine contrahiren muß. Ebenſo verſteht *Hellmann* das certum mandato in l. 51 D. 21. 1 dahin, es ſei nicht eine Species, ſondern eine beſtimmte Gattung mit dem certum gemeint. Hätte aber dann die Bemerkung des Juriſten wohl einen Sinn? Wäre es nothwendig, hervorzuheben, daß auch bei einem ſolchen Auftrag die Kenntniß der Mangelhaftigkeit *des Individuums* ſeitens des Procurators ſchadet? Meines Erachtens iſt obiger Widerſpruch nicht wohl zu löſen, immerhin aber zu erklären. Es iſt von einer Strafklage die Rede, hier meint nun *Paulus*, der Verfaſſer von l. 17 cit. das Vertrauen des doloſen Dritten auf die Kenntniß des Procurator ſei nicht zu ſchützen, weil er doch den Dominus hintergehen wollte; *Ulpian* und *African* aber ſind der Anſicht, daß der Thatbeſtand des Betrugs,

Natürlich aber kommen beim Specialauftrag auch die Willensmängel des Dominus in Betracht, weil ſein Wille dem Geſchäft zu Grunde liegt, ſeine scientia ſchließt die Anfechtung des Vertrags z. B. wegen ädilitiſcher Mängel ebenſo aus, wie die des Vertreters. Dieſe in den Quellen wiederholt anerkannte Maxime kann die Repräſentationstheorie nicht von innen heraus, ſondern nur durch den Geſichtspunkt des bona fides und die praktiſche Erwägung erklären, daß andernfalls die Stellvertretung zur Umgehung der allgemeinen Grundſätze über Irrthum und Unwiſſenheit benutzt werden könnte. (Vgl. Curtius a. a. O. S. 91, Windſcheid a. a. O. § 73 Note 19, Sintenis Civ. R. II. S. 369 flg.)

III. Iſt der Vertragswille zwiſchen Vertreter und Vertretenem getheilt und iſt der Vertreter als Bote aufgetreten, ſo iſt genau zu unterſcheiden, ob die Willenstheilung eine extenſive oder eine intenſive war.

Iſt ſie eine extenſive, beauftragt z. B. D (Dominus) den P (Procurator), von T (Tertius) das Pferd x zu kaufen und hiefür den Preis zu beſtimmen, ſo kommt es für jeden Theil des Vertrags auf die scientia und mala fides Desjenigen an, welcher denſelben beſchloſſen hatte. Im vorliegenden Fall würde alſo, wenn D die Mängel gekannt hätte, der Vertrag jedenfalls anfechtbar ſein; hätte er ſie nicht gekannt, ſo wäre er unanfechtbar, u. zw. auch dann, wenn dieſelben dem P bekannt waren, weil P lediglich über den Kaufpreis accordirt und einen Beſchluß, das Pferd zu kaufen, gar nicht faßt.

Iſt aber die Willenstheilung eine intenſive, hat z. B. D den P beauftragt, das Pferd x zu kaufen, wenn er es für gut finde, oder zwiſchen x und y zu wählen, ſo kommen, wenn auch der Procurator ſeinen Willen als Bote erklärt, doch die Willensmängel ſowohl des Dominus als des Procurator in Betracht. Denn D hatte den, wenigſtens bedingten Willen, das ihm als fehlerhaft bekannte Pferd zu kaufen; P aber hatte den Willen, daß dieſes Pferd definitiv gekauft ſein ſolle, folglich iſt auch ſeine scientia (mala fides u. ſ. f.) ſchädlich.[376])

IV. Hat der Stellvertreter gar keinen Auftrag, ſondern nur die Vollmacht, als Bote aufzutreten und geſchieht dies, ſo iſt wieder ſeine

---

der zur Strafklage nothwendig iſt, durch die Kenntniß des Mitpaciscenten ausgeſchloſſen ſei, und mit Recht, denn der Principal, der gar nicht handelnd auftritt, kann auch nicht irregeführt werden. Daß die Sache ſtreitig war, ſteht übrigens deutlich geſchrieben in l. 16 cit. hic quaeritur, an filii scientia noceat.

[376]) Vgl. l. 16 § 5 D. qui et a quib. 40, 9 und oben Not. 372.

scientia, mala fides u. ſ. f. für den Vertrag jedenfalls maßgeblich. Aber auch auf eine etwa beim Dominus vorhandene Kenntniß der obwaltenden Verhältniſſe darf ſich der Tertius berufen, wenn auch deſſen Wille dem Vertrag nicht zu Grunde liegt, weil ihm doch der Dominus als ſelbſthandelnd erſchien. Kauft alſo der generell beauftragte Vertreter als Bote ein Pferd, deſſen redhibitoriſche Mängel der Principal kannte, ſo iſt wieder die redhibitoria ausgeſchloſſen, weil der Dritte ſie für ausgeſchloſſen halten durfte.

V. Tritt endlich der Stellvertreter, der wie im Fall sub III einen (extenſiven und intenſiven) Antheil des rechtsgeſchäftlichen Willens ſelbſt beſchaffte, ſelbſthandelnd auf, ſo iſt ſeine scientia wegen des Vertrauens der dritten Betheiligten für den ganzen Vertrag ebenſo maßgebend, wie jene des ſelbſtändig auftretenden Specialmandatars. Daneben aber kommt es noch auf den Willen des Vertretenen an, ſoweit derſelbe den Vertrag beſchloſſen hat.

Hatte alſo der Dominus den Auftrag ertheilt, P ſolle x kaufen, aber den Preis ſelbſt beſtimmen, oder er ſolle zwiſchen x oder y wählen, ſo kommt ſeine scientia pp. immer in Betracht, weil er im erſteren Falle den unbedingten, im letzteren wenigſtens den bedingten Willen hatte, x zu kaufen.

VI. Hat endlich der ſelbſtändige Vertreter blos Generalvollmacht, ſo kommt es natürlich in jeder Richtung blos auf ſeinen Willen an, weil ein Wille des Dominus, der vitiös ſein könnte, hier vollſtändig ausgeſchloſſen iſt.

Schließlich ſei noch bemerkt, daß das in dieſen Paragraphen mehrfach erwähnte Specialmandat natürlich auch dadurch ertheilt werden kann, daß der Principal, der Anfangs nur Generalmandat ertheilt hatte, einen Vertrag des Vertreters ohne Widerſpruch zu Stande kommen läßt, dafern er nur in der Lage war, denſelben zu inhibiren. Hierin liegt eben ein ſtillſchweigender Auftrag.[377]) Hatte alſo in dieſem Fall der Dominus eine rechtsausſchließende scientia oder mala fides, ſo iſt dieſelbe nach obigen Grundſätzen zu berückſichtigen.[378]) Dagegen bleibt natürlich ſeine, auch bei Abſchluß des Vertrags ſchon vorhandene scientia außer

[377]) l. 18 D. mand. 17, 1.

[378]) Hierin erblickt Curtius (S. 91) eine beſondere durch die bona fides geforderte Ausnahme.

Betracht, wenn er nicht mehr in der Lage war, rechtzeitig Contreordre zu ertheilen.[219])

§ 36.

Haftung des Principals für Dolus und Culpa des Stellvertreters.

Auch bei ſtellvertretenden Rechtsgeſchäften iſt es möglich, daß der dritte Contrahent von Seite des Vertretenen durch ſchuldhaftes Unrecht beſchädigt wird. Es fragt ſich nun, unter welchen Vorausſetzungen und inwieweit hier eine Haftung des Vertretenen eintritt

Bei dieſer Frage iſt vor Allem darauf zu bringen, daß nur jener Dolus und jene Culpa hier in Betracht kommen, welche bei Eingehung des Rechtsgeſchäftes begangen werden. Hinſichtlich aller übrigen Beſchädigungen, welche nach Begründung des Rechtsverhältniſſes eintreten, iſt der Geſichtspunkt der Stellvertretung überhaupt unzuläſſig, weil es Stellvertretung in Rechtsverhältniſſen nicht gibt. Ebenſo müſſen auch jene doloſen und culpoſen Beſchädigungen von dieſer Unterſuchung ausgeſchloſſen werden, welche der Stellvertreter nicht im Contrahiren, ſondern nur anläßlich der Eingehung oder Ausführung der ihm übertragenen Geſchäfte ſich hat zu Schulden kommen laſſen. Denn hinſichtlich dieſer ſteht er in gar keinem Bezugsverhältniß zum Principal, welches denſelben an ſeinem Verſchulden theilhaftig machen könnte. Höchſtens inſofern den Principal Dritten gegenüber ein Verſchulden dadurch trifft, daß er ſie inducirt, mit einer unverläßlichen Perſon in Geſchäftsbeziehungen zu treten, kann er dieſen Dritten nach den Grundſätzen des Schadenerſatzrechts haftbar werden; aus dem Titel der Stellvertretung aber geht ſeine Verpflichtung nur ſoweit, als die Beſtellung des Stellvertreters reicht, alſo nicht über den Abſchluß des vollmachtsmäßigen Rechtsgeſchäftes hinaus.[220])

---

[219]) Mit Unrecht gelangt Caſaregis (disc. leg. II. 9) für dieſen Fall nach mehrfachen Diſceptationen zur entgegengeſetzten Anſicht

[220]) Dies wurde in der älteren Theorie vielfach verkannt, indem ſich hier häufig die Behauptung findet, der Principal haftе für Alles, was ſein Vertreter oder — wie man die Sache gewöhnlich unter einem engeren Geſichtswinkel anſah — ſein Inſtitor ſich gelegentlich der Ausführung der ihm aufgetragenen Geſchäfte zu Schulden kommen laſſe Obwohl es nie an Diſſentienten gefehlt hatte (ſo z. B. Hertius de obligat. mandantis et mandatarii contemplata Tertii c. XV., welcher dieſe Haftung richtig auf culpa in eligendo beſchränkt), wird dieſe Lehre noch von Glück (XIV S. 247) vorgetragen und von Thibaut (Pand. § 523, vgl. auch Wening-Ingenheim Lehrb. II. § 55, Fritz Erläut. II 238) wiederholt, wobei man ſich auf mißverſtandene Stellen des römiſchen Rechts (z. B. l. 11 § 4 D. de inst. a. 14, 3, l. 5 § 3 D. de do. exc. 44, 4) zu berufen pflegte. Die richtige

Inwieweit aber der Vertretene für das Verſchulden haſte, welches der Vertreter bei Abſchluß von Rechtsgeſchäften begangen hat, ſcheint mir noch immer nicht genügend klargeſtellt, noch weniger aber ausreichend begründet.

Von den Vertretern der Savigny'ſchen Theorie werden theilweiſe divergirende Anſichten aufgeſtellt.

Dernburg (krit. Ueberſchau I. S. 21) kommt zu dem Satze, daß wenn der Mandatar mit einem Schuldner wiſſentlich in fraudem creditorum contrahirt hat, der Principal mit der a.° Pauliana zu belangen ſei, „da er ja auch ſolche Verträge von ſeinem Conſenſe nicht ausſchloß“. Hienach iſt anzunehmen, daß Dernburg den Mandanten wohl auch für jeden andern Dolus ſeines Mandatars haften ließe, daß er alſo den Dolus des Mandatars dem Mandanten zurechnet.

Umgekehrt gelangt Canſtein (in Buſch's Archiv XXI. S. 286) zu der Aufſtellung, daß dem Principal die Haftung für die Handlungen ſeines Bevollmächtigten nicht aufgebürdet werden könne, wo ihm nicht Mitſchuld oder culpa in eligendo zur Laſt gelegt werden kann. Dieſer Satz iſt jedenfalls vom Standpunkt der Savigny'ſchen Theorie der conſequenteſte, da in dem allgemeinen Willen des Vollmachtgebers, Rechtsgeſchäfte einzugehen, ein doloſer Wille gewiß nicht mitenthalten iſt; nur führt er praktiſch zu ſehr unbefriedigenden Reſultaten.

Hellmann endlich (a. a. O. S. 152) läßt den Principal für die Folgen eines rechtsgeſchäftlichen Dolus gegenüber Dritten ebenſo haften, als habe er ſelbſt ſich dieſes Dolus ſchuldig gemacht. Sein Reſultat iſt alſo dasſelbe wie dasjenige Dernburg's; nur iſt ſeine Begründung eine andere. Daß aber ſowohl die Deduction von Hellmann als jene von Dernburg in dieſem Punkte nicht haltbar ſind, iſt bereits oben (S. 95) gezeigt worden.

Die Vertreter der Repräſentationstheorie kommen faſt einhellig [381]) zu dem Reſultate, daß der Vertretene für die Folgen des rechtsgeſchäftlichen Verſchuldens ſeines Vertreters ſchlechthin einſtehen müſſe. [382])

Anſicht findet ſich jedoch wieder bei Göſchen und Puchta und iſt ſeitdem zur herrſchenden geworden.

[381]) Eine Ausnahme macht Curtius (a. a. O. S. 96), welcher den Vertretenen für den Dolus ſeines Vertreters nur auf die Bereicherung haften läßt.

[382]) So Laband S. 227, Buchka S 243. Letzterer hat richtige Geſichtspunkte, doch ſpielt bei ihm noch die Fiction hinein, „daß der Vertrag in allen Beziehungen als der des Mandanten angeſehen werde“. Dies führt aber viel zu

Dieſe Anſicht nähert ſich der unſeres Erachtens richtigen Auffaſſung am meiſten; ganz correct iſt ſie jedoch nicht. Sie iſt nämlich nur richtig bei Verträgen im Verhältniß zum Mitcontrahenten; hier iſt in der That unbedingte Haftung des Vertretenen für das Verſchulden ſeines Vertreters zu ſtatuiren. Darüber hinaus aber iſt eine ſolche Haftung unſeres Erachtens nicht zu begründen; inſofern iſt alſo die Anſicht der Repräſentationstheorie zu weitgehend.

Die Haftung des Vertretenen bei Verträgen läßt ſich unſeres Erachtens folgendermaßen ableiten:

Beim Vertragsabſchluß obliegt jedem Contrahenten von Rechtswegen die Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, daß der Vertrag dem Mitcontrahenten nicht durch Umſtände, welche er wiſſen konnte, nachtheilig werde. Dieſe Obſorge obliegt auch Demjenigen, der einen Stellvertreter für ſich contrahiren läßt, u. zw. obliegt ſie ihm in dem vollem Umfange, daß weder ihm noch dem Stellvertreter etwas dem Dritten Nachtheiliges bekannt iſt oder bekannt ſein muß. Denn der Dritte will offenbar auch gegen Dolus und Culpa des Stellvertreters gedeckt ſein, u. zw. erwartet er dieſe Deckung vom Principal ſelbſt, auf deſſen Credit er ſich ja bei dem ganzen Geſchäfte verläßt. Darum obliegt dem Principal die Haftung für Dolus und Culpa des Stellvertreters; ſie obliegt ihm nicht kraft eines ſtillſchweigenden Garantievertrages, nicht vermöge Fiction des Dolus oder der Culpa in ſeiner Perſon, ſondern vermöge der bona fides, welche den Dominus entſprechend dem Vertrauen des Dritten für den Vertrag mit ſeinen Modificationen durch rechtswidrigen Abſchluß haften läßt.

Im Einzelnen geſtaltet ſich nun bei den verſchiedenen Arten der Vertretung die Haftung des Principals folgendermaßen.

a) Inſoweit der Vertreter den Vertrag wirklich beſchließt, haftet der Dominus für ihn jedenfalls, einerlei, ob er ſelbſthandelnd oder auch nur als Bote aufgetreten iſt. Denn was namentlich die letztere Eventualität anbetrifft, kann der Umſtand, daß die Selbſtändigkeit des Vertreters dem Dritten gegenüber nicht apparirt, den Schutz, den dieſer gegen Culpa und Dolus genießen ſoll, nicht verringern. Unmöglich kann es dem Vertreter freigeſtellt ſein, ſeine Willensmängel dadurch unſchädlich zu machen, daß er die Selbſtändigkeit ſeiner Entſchließung Dritten ver-

wert, denn es ſchließt dann auch die im Text ſofort folgende Beſchränkung der Haftung des Principals aus. Ebenſo iſt der Satz zu allgemein gefaßt bei Laband. Mit den Ausführungen des Textes ſtimmt im Weſentlichen überein Löning (die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen ſeiner Beamten (Frankfurt a. M 1879, S. 57 flg.).

heimlicht. Vielmehr haftet der Principal für die Irreellität ſeines Willens, einerlei, ob er nach außen ſelbſtbeſchließend aufgetreten iſt oder nicht.

b) Inſoweit aber der Vertreter den Vertrag nicht ſelbſtändig, ſondern in Folge Specialauftrages des Principals abſchließt, iſt folgendermaßen zu unterſcheiden.

Iſt der ſpecialbeauftragte Stellvertreter nach außenhin nicht ſelbſtbeſchließend, ſondern als Bote aufgetreten, dann kann eine Haftung für Dolus oder Culpa des Boten nie eintreten. Ja, Dolus und Culpa des Boten in dieſem engeren Sinne ſind ſogar überhaupt undenkbar, denn der nicht beſchließende Bote hat ſich um den Inhalt des Vertrags überhaupt nicht zu kümmern. Er hat nur den Vertrag zu vermitteln und hierauf iſt ſein Wille gerichtet, dem Inhalt des Vertrags ſteht er ganz fern; mag er denſelben auch zufällig kennen, ſo iſt dies eben nur ein zufälliges und rechtlich irrelevantes Wiſſen, welches ebenſowenig einen Dolus zu begründen vermag, als eine Culpa darin liegen kann, daß er ſich um den Inhalt des Vertrags zu wenig gekümmert habe. Uebrigens iſt dieſer Sachverhalt auch dem Tertius bekannt, ſein Vertrauen richtet ſich gar nicht auf den Stellvertreter.

Wie aber, wenn der ſpecialbeauftragte Stellvertreter nach außen ſelbſtbeſchließend auftrat? Auch hier könnte man zunächſt daran denken, daß Dolus und Culpa in ſeiner Perſon aus denſelben Gründen, wie beim Boten, unmöglich ſeien, daher eine diesfällige Haftung nicht begründet werden könne. Dem ſtellt ſich aber der Umſtand entgegen, daß der Dritte hier den Stellvertreter für ſelbſtbeſchließend anſieht; denn gerade hieraus folgt, daß er ſich jetzt darauf verläßt, daß auch der Stellvertreter die gebotene rechtsgeſchäftliche Diligenz aufgewendet habe. Dieſem Vertrauen muß der Principal aufkommen. Man ſetze nur den Fall, daß Tertius vielleicht gerade mit Rückſicht auf die ihm ſehr vertrauenswürdige Perſon des Stellvertreters ſich um die näheren Verhältniſſe der Vertragsſchließung nicht weiter bekümmert hatte; in ſolchen Fällen wird es offenbar, daß, wenn der Principal den Stellvertreter ſelbſtändig auftreten läßt, ihn die Haftung für den Mangel derjenigen Aufmerkſamkeit treffen muß, welche der Dritte gerade vom Stellvertreter erwartet.

In ſolcher Weiſe geſtaltet ſich die Haftung des Principals für Dolus und Culpa des Vertreters bei Eingehung von Verträgen.

Es iſt aber auch nur das bei Verträgen obwaltende Princip von Treu und Glauben und das ſpecielle Vertrauen des dritten Contrahenten, welches dem Dominus dieſe Haftung auferlegt und nicht etwa der ver-

meintliche Rechtsſatz, daß der Wille des Vertreters in allen Beziehungen als Wille des Vertretenen gelte; denn zu einem doloſen Willen wird der Vertreter nicht ermächtigt.[303]) Demnach iſt dieſe Haftung nicht über das Gebiet der Verträge und das Verhältniß zum Mitcontrahenten auszudehnen.

Sie tritt daher nicht ein:

1. Bei nicht vertragsmäßigen Handlungen überhaupt. Erlangt alſo etwa ein zur Beſitzergreifung bevollmächtigter Stellvertreter den Beſitz in doloſer Weiſe, ſo treffen den Vertretenen nicht die Rechtsfolgen des bösgläubigen Beſitzes, inſoweit dieſelben in verſtärkter Haftung gegenüber dem Eigenthümer beſtehen; denn er hat perſönlich keine mala fides; es fehlt für ſeine Perſon das poſitive verpflichtende Element.[304])

Dasſelbe würde z. B. gelten, wenn an calumniöſe Klageerhebung beſondere Rechtsnachtheile geknüpft wären. Auch dieſe dürften nur dann wider den Principal verhängt werden, wenn er ſelbſt eines calumniöſen Verhaltens beeinzichtigt werden könnte; andernfalls liegt kein Grund vor, ihn für Calumnia zu ſtrafen u. ſ. w.

2. Aber auch bei Verträgen reicht die Erſatzpflicht des Dominus für ſeinen Stellvertreter nicht weiter, als das Vertrauen des Mitcontrahenten. Dritten Perſonen gegenüber bleibt es auch bei Verträgen wahr, daß der Principal perſönlich ſich keiner Malverſation ſchuldig gemacht hat; der doloſe Wille des Stellvertreters fällt dann außerhalb des Vollmachtsumfanges, verpflichtet alſo den Dominus zu nichts.

[303]) Höchſtens vom delictiſchen Standpunkt der Anſtiftung könnte eine ſolche Ermächtigung wirkſam werden, aber nur als actio doli gegen den Principal.

[304]) Nur kann Dominus die vortheilhaften Folgen des Beſitzes in ſolchem Falle (wenigſtens bei generellem Auftrag) nicht für ſich geltend machen, denn hiezu muß er ſich auf die Handlung des Vertreters berufen, und hiebei muß er allerdings die Mängel ſeines Willens gegen ſich gelten laſſen (ſ. § 35). Dieſe Unterſcheidung zwiſchen der abſoluten Wirkung der Unrechtlichkeit des ſtellvertretenſchen Willens beim Erwerb von der bedingten Wirkung bei Verpflichtung durch fremde Handlungen wird, wie ſie in der Natur der Sache begründet iſt, auch in den Quellen anerkannt: l 27 § 1 D. ad Sc. Vell. 16, 1. Cum servi ad negotiationem praepositi cum alio contrahentes, personam mulieris ut idoneae sequuntur, exceptione Sc. dominum summovet. Nec videtur deterior causa domini per servum fieri, sed nihil esse domino quaesitum; non magis quam si litigiosum praedium servus aut liberum hominem emerit. Der Gedanke iſt ganz der obige: Durch eine Rechtswidrigkeit des Sclaven darf der Dominus nicht ohne Weiteres verpflichtet werden, aber ein Erwerb vermöge dieſer Rechtswidrigkeit iſt unter allen Umſtänden undenkbar.

Dies macht ſich insbeſondere praktiſch geltend in jenen Fällen, wo die Contrahenten eines fraudulöſen Vertrags dritten Perſonen auf Erſatz haftbar werden, ſo namentlich bei jenen Rechtsgeſchäften, welche Cridare in anfechtbarer Weiſe mit Stellvertretern dritter Perſonen geſchloſſen haben. Hier gilt nämlich wieder Folgendes: Auf die Exiſtenz dieſes Geſchäfts kann ſich der Principal gegenüber den Gläubigern (dafern der Stellvertreter nicht ſpeciell beauftragt war, ſ. oben S. 381 flg.), ſelbſt wenn er perſönlich ſich in bona fide befand, nicht berufen; zu ſeinen Gunſten wirkt alſo das Geſchäft nicht. Umgekehrt aber iſt er auch nicht verpflichtet, den aus ſolchen Geſchäften für die Gläubiger entſpringenden Nachtheil voll zu erſetzen; mit anderen Worten er haftet nicht für den Dolus (die Fraus, ſeines Stellvertreters.

Nur inſoweit eine Bereicherung vorliegt, tritt in allen dergleichen Fällen die Verpflichtung des Principals ein, dieſelbe herauszugeben, was natürlich von einer wahren Haftung für Dolus des Stellvertreters gründlich zu unterſcheiden iſt.

Zu dieſer Unterſcheidung führen freilich die allgemeinen Erwägungen, welche gewöhnlich in dieſer Richtung angeſtellt werden — daß nämlich der Wille des Stellvertreters in jeder Beziehung als Wille des Principals anzuſehen ſei, oder daß der Principal für jedes Verſchulden ſeines Organs einzuſtehen habe — nicht; ſie führen umgekehrt nur dazu, daß der Principal auch dritten Nichtcontrahenten gegenüber für Dolus und Culpa ſeines Stellvertreters aufzukommen habe. So ſind denn thatſächlich hinſichtlich der Anfechtung der Handlungen eines Gemeinſchuldners durch die Concursgläubiger einige der neueſten Schriftſteller auf dieſem Gebiete [356a]) zu der unrichtigen Behauptung gelangt, daß die conscientia fraudis des Vertreters den Vertretenen haftbar mache. Die Unrichtigkeit dieſes Reſultats ergibt ſich aber ſchon aus

l. 25 § 3 D. quae in fra. cred. 42. 8,

Si procurator ignorante domino, cum sciret debitorem eius fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus.

Die Haftung des Dominus auf Bereicherung aber ergibt ſich aus

[356a]) Otto Das Anfechtungsrecht der Concursgläubiger S. 110, Hartmann Geſ betr die Anfechtung S. 41, Coſack Das Anfechtungsrecht der Concursgläubiger S. 94 „der Geſchäftsherr wird verpflichtet, als habe er die Handlung ſelbſt vorgenommen"). Die richtige Anſicht hat Meisner Concursordnung S. 466.

l. 15 pr. D. de do. mal. 4, 3.

l. 3 § 1 D. de trib. a.[ons] 14, 4 und

§ 7 al. 2 des deutſchen Reichsgeſetzes vom 21. Juli 1879, S. 277 R. G. B.[386])

Was hier für das Anfechtungsrecht der Concursgläubiger geſagt iſt, müßte ſich auch in anderen Fällen bewahrheiten, die allerdings heutzutage minder praktiſch ſind. So namentlich in den nicht ſeltenen Fällen des römiſchen Rechts, wo ſich an ein Rechtsgeſchäft Straffolgen anknüpfen können; wie z. B. an den Verkauf eines homo liber gemäß l. 20 § 4 D. de lib. ca. 40, 12; an die Colluſion im Libertätsproceß des Sclaven nach l. 1 D. de coll. deteg. 40, 16 u. a. In all dieſen Fällen könnte der gutgläubige Principal des delinquirenden Stellvertreters von den bezeichneten Pönalbeſtimmungen nicht getroffen werden. Insbeſondere iſt zu bemerken, daß dieſe Straffolgen den Principal auch zu Gunſten des betrogenen Mitcontrahenten nicht treffen. Denn da ſeine Haftung ihm gegenüber nur darauf geht, daß jener nicht durch den Vertragsabſchluß beſchädigt werde, für eine weitere Haftung aus der Malverſation des Vertreters aber ein Rechtsgrund nicht zu erblicken iſt, ſo haftet er ſeinem Mitcontrahenten nur mit reipерſecutoriſchen Klagen auf etwaigen Schadenerſatz, nicht auch mit Pönalklagen (cf. l. 25 § 3 D. 42, 8).

Es ergibt ſich uns aus dem Vorausgeſchickten der allgemeine Rechtsſatz:

Für das beim Abſchluß von Rechtsgeſchäften vom Stellvertreter beobachtete rechtswidrige Verhalten haftet der Vertretene nur bei Verträgen und auch hier nur auf das materielle Intereſſe des Mitcontrahenten ſelbſt, nicht auch mit etwaigen reinen Pönalklagen; niemals haftet er dritten Perſonen, welche beim Vertrag nicht unmittelbar betheiligt ſind. Bei Rechtsgeſchäften, welche nicht Verträge ſind, haftet er für die Contraventionen des Stellvertreters überhaupt niemals.[387])

[386]) Inwieweit das Rechtsgeſchaft von den Gläubigern angefochten werden kann — eine Frage, die natürlich von jener nach der Haftung des Principals für die fraus ganz verſchieden iſt — ſ. oben § 35.

[387]) Hieraus ergibt ſich bei handlungsunfähigen Perſonen (juriſtiſche Perſonen, Curanden ꝛc.) ſofort der allgemeine Satz. Sie können durch rechtswidrige Handlungen nur bei Verträgen verpflichtet werden. Denn da ſie ſelbſt eines doloſen Willens nicht fähig ſind, die Rechtswidrigkeit ihrer Organe aber nach dem Obge-

Die Haftung für Culpa und Dolus des Stellvertreters tritt übrigens auch dann ein, wenn das Rechtsgeschäft von diesem ursprünglich nur als Negotiorum Gestor geschlossen, vom Dominus aber ratihabirt wurde und selbstredend bleibt die bereits früher von uns statuirte persönliche Haftung des Vertreters für seinen rechtsgeschäftlichen Dolus unberührt

Der oben aufgestellte Satz, daß ein Verschulden des Stellvertreters, um den Principal haftbar zu machen, beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts eingetreten sein müsse, ein nicht im Contract selbst liegendes Verschulden des Vertreters aber für jenen rechtlich unbedeutsam sei, schließt, wie bereits angedeutet, insbesondere auch die Haftung des Dominus für ein Verschulden des Vertreters bei Erfullung des von ihm eingegangenen Vertrags aus. Wird der Vertreter zur Erfüllung zugezogen, so ist er nicht mehr Stellvertreter, sondern reiner Gehilfe. Die neuerlich von Ubbelohde (im Arch. f. prakt. R. W. VII. 229 und in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. VII. S. 199 flg.) aufgestellte Ansicht, daß der Principal auch für das Verschulden seiner Gehilfen wenigstens bei gewissen Rechtsverhältnissen schlechthin hafte, scheint mir nach den Ausführungen Goldschmidt's (ebenda Bd. XVI. S. 287 flg.) für das römische Recht nicht beweisbar zu sein; aber auch wenn sie es wäre, würde jene Haftung jedenfalls nicht unter den Gesichtspunkt der Stellvertretung fallen. Im Rechtsverhältniß zwischen Principal und Tertius gibt es eben keine Stellvertretung mehr, sondern nur unabweisbare Pflichten und Rechte.[388]) Höchstens mag, insofern dieses Rechtsverhältniß durch Handlungen wahrhaft juristischen, rechtsgeschäftlichen Charakters beeinflußt werden kann, z. B. durch Abgabe von Erklärungen, Auskünften, zur Dispositionsstellung, interpellatio morae e. c., in diesen Handlungen wieder Stellvertretung stattfinde.

Durch den Rechtssatz nun, daß der Principal für ein Verschulden seines Gehilfen in Ausführung des Contracts nicht mehr absolut einzustehen braucht, tritt das moderne Verkehrsrecht auf dem Gebiete der Handelsgehilfenschaft einen Schritt hinter das römische Recht zurück. Die adjectitischen Klagen des classischen Rechts ließen den Principal für den ganzen Vertrag des Handlungsbediensteten als Solidarschuldner mithaften,

sagten ihnen nicht zur Last fällt, ist eine delictische oder quasidelictische Verbindlichkeit für sie nicht zu begründen

[388]) Mit Recht bemerkt Zimmermann (S 14): Die Vertretung geht hier gänzlich auf in dem Begriffe der Pflichterfullung

wodurch von ſelbſt auch die Haftung für Vertragswidrigkeiten in der Erfüllung gegeben war.[889]) Inſofern war das prätoriſche Edict auch ein Haftpflichtgeſetz von nicht zu unterſchätzender Bedeutung. Und da, wie bald zu zeigen iſt, das Inſtitut der adjecticiſchen Klagen heutzutage weggefallen iſt, ſo ſind wir um dieſe Haftung ärmer geworden, als das römiſche Recht.

Freilich iſt nicht zu verkennen, daß auch die Garantien, die das prätoriſche Recht für Erfüllung der Handelsverträge bot, nur mangelhafte waren. Denn der Principal haftete für das Verſchulden ſeines Geſchäftsbedienſteten nur inſofern, als dieſer zufällig Contrahent des Vertrags war, gegen den ſeine incorrecte Gebahrung verſtieß. Er haftete alſo für das Ungeſchick oder die Nachläſſigkeit ſeiner Geſchäftsbedienſteten nicht, wenn ſie die Arbeit, die ſie verdarben, nicht ſelbſt übernommen hatten. In dieſer Zufälligkeit ſeiner Erſatzpflicht lag ein Mangel, der ihren Werth ſtark verringerte und ein kluger Kaufmann mochte wohl manchmal in der Zutheilung der Arbeit an ſein Perſonale ſich gehütet haben, den Inſtitor gerade mit der Erfüllung ſeines eigenen Contracts zu betrauen. Immerhin aber war gewiſſen groben Verletzungen der Vertragspflicht ein Riegel vorgeſchoben; gerade jene Malverſationen, zu welchen der Abſchluß des Contracts den meiſten Anlaß bietet, das Durchbrennen mit contractlich anvertrauten Sachen (l. 5 § 10 D. de inst. a.[890]), Beſchädigung bei oder unmittelbar nach der Uebernahme ꝛc. fielen dem Dominus nun immer zur Laſt. Es iſt Aufgabe der Legislative, eine ähnliche Garantiepflicht, aber auf breiterer und ſicherer Baſis, für das moderne Recht wieder herzuſtellen.

§ 37.

Verhältniß des äußeren Auftretens des Stellvertreters zur Vollmacht.

Wir haben in den vorſtehenden Ausführungen wiederholt die Erfahrung gemacht, daß die Art und Weiſe, wie der Stellvertreter bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften ſich dem dritten Contrahenten gegenüber darſtellt, auf die Beurtheilung des Rechtsgeſchafts in tiefgreifender Weiſe zurückwirken kann Ueberall wurden die Wirkungen des Willensprincips durch dieſen Geſichtspunkt weſentlich modificirt. Tritt z. B. der Specialbeauftragte ſelbſtändig auf, ſo haftet der Auftraggeber für ſein Verſchulden bei Eingehung des Vertrags, der Vertrag bleibt unanfechtbar

[889]) Hiezu vgl. vor Allem Wyß, Die Haftung für fremde Culpa S. 116 flg.

wegen der Kenntniß des Vertreters von redhibitorischen Mängeln u. s. f., was sich Alles entgegengesetzt verhält, wenn der Stellvertreter blos als Bote aufgetreten war. Umgekehrt, tritt der selbstbeschließende Vertreter als Bote auf, so kann in jeder Richtung nur ein Irrthum des Principals Berücksichtigung finden und ein Irrthum des selbstbeschließenden Boten kann hier für den Principal verhängnißvoll werden u. s. f.

Ist demnach das Auftreten des Stellvertreters für den Vertretenen von einschneidenden Folgen begleitet, so frägt sich: Hat der Vertreter es denn in der Hand, willkürlich durch die Art seines Auftretens über das Maß des Einflusses, welchen der Principal ihm gestatten wollte, zu entscheiden oder ist diese Willkür des Vertreters an bestimmte, durch die jeweilige Vollmacht gegebene Grenzen gebunden?

Es liegt wohl auf der Hand, daß wir uns für diese letztere Alternative werden entscheiden müssen. In der That ist es ein Grundprincip des Rechts, das auch in der Lehre von der Stellvertretung festgehalten werden muß, daß Niemand durch fremde Thätigkeit in weiterem Umfange verpflichtet werden kann, als er solche Verpflichtungen zu übernehmen ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat. Demgemäß ist auch der Principal nicht verpflichtet, alle Verbindlichkeiten zu übernehmen, die aus der willkürlichen äußeren Gestion seines Stellvertreters entspringen, sondern er hat bei jedem Rechtsgeschäft nur für jene Folgen des Geschäftes aufzukommen, welche ihn nach den oben dargelegten Grundsätzen auch dann treffen müßten, wenn der Stellvertreter das wahre Maß der Willensvertheilung auch nach außen ersichtlich gemacht hätte. Mit anderen Worten: Der Stellvertreter muß den Willen erklären, wie er wirklich vorhanden ist · er darf nicht ohne Weiteres den präcisen Willen des Principals beim Specialmandat als den seinigen oder den seinigen bei allgemeiner Vollmacht als präcisen Willen des Principals erklären.

Hat also der Vertretene dem Vertreter gesagt: Kaufe für mich das Pferd x, und letzterer erklärt: Ich kaufe das Pferd x, indem ich hiezu (im Allgemeinen) bevollmächtigt bin, so treffen die besonderen Gefahren dieses selbständigen Auftretens (Haftung für Dolus des Stellvertreters, Ausschließung der actio redhibitoria wegen dessen scientia e. c.) den Vertretenen doch nicht.

Umgekehrt, war der beschließende Mandatar als Bote aufgetreten, so kann auch hierin eine Mehrbelastung des Principals mit einer Haftung liegen, welche in jenem allgemeinen Auftrag nicht enthalten war Es würde z. B. in diesem Fall ein Irrthum des Mandatars nicht in

Betracht kommen, dafern nur die Erklärung, die er abgibt, eine vollmachtsgemäße war (vgl. § 33 sub III).

Offenbar kann nun der Vertreter nicht für berechtigt angesehen werden, den Principal dadurch zu bedrücken, daß er einen äußeren Schein hervorruft, der dem Willen des Principals nicht congruent und zum Vollzug des stellvertretenden Geschäfts nicht nothwendig ist. Vielmehr muß der Wille des Principals immer einschränkend dahin interpretirt werden, daß der Stellvertreter beim Contrahiren darüber, wer den contractlichen Willen in Wirklichkeit gefaßt habe, wahre Angaben mache. Der Specialmandatar hat also im Zweifel sich auf das Mandat zu beziehen, d. h. er muß als Bote auftreten und darf sich nicht selbsthandelnd geriren.[199]) Der Generalmandatar hinwiederum darf ein specielles Mandat nicht simuliren. Fast

[199]) Diese Behauptung kann auf den ersten Blick Zweifel erregen. Es scheint doch so alltaglich zu sein, daß der Specialbeauftragte hingeht und ohne von seinem speciellen Auftrag Erwahnung zu thun, für den Dominus wie ein Generalbevollmächtigter abschließt. Aber erstens ist zu beachten, daß es hiebei nicht auf die gebrauchten Worte ankommt, sondern darauf, ob der Dritte eine Generalvollmacht wirklich für vorhanden hält, und daß es Sache des Dritten ist, diesen *für ihn* wichtigen Umstand durch Erkundigung festzustellen, ferner darf man auch nicht vergessen, daß eben in sehr vielen Fallen die Art des Abschlusses sich gleich bleibt und die Unterschiede, die hier möglich sind, gar nicht zur Sprache kommen. Wo dies aber geschieht, wird man es bei naherer Ueberlegung höchst unbillig finden, den Auftraggeber schlechthin für den Procurator haften zu lassen. Gesetzt, ich gebe meinem Reitknecht bona fide den Auftrag, bei meinem Nachbar T das Pferd x zu kaufen, dieser geht hin und kauft mala fide das fehlerhafte Pferd, wobei er sich als selbsthandelnd geriert. Entweder hat nun der Dritte ihn gar nicht gefragt, wie weit seine Vollmacht reicht und ob er auch ein mangelhaftes Pferd kaufen darf, dann hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er sich nachtraglich in dem Umfang derselben getäuscht sieht, oder er hat es gethan und ist belogen worden, dann liegt wieder auf der Hand, daß ich für diese Lüge doch nicht haftbar gemacht werden kann. Uebrigens wird ja für den Dritten der unangenehme Effect dieses Mißverständnisses dadurch gemildert, daß, wie im Text bemerkt ist, *er* dem Dominus natürlich nur insoweit haftet, als wenn der Stellvertreter wirklich allgemeine Vollmacht gehabt hätte, nur kann er sich nicht auf den Vertrag zu Ungunsten des Dominus berufen.

Daß aber die entgegengesetzte Ansicht heute gangbar zu sein scheint, geht hervor aus einer Bemerkung von *Laband* (a. a. O. S. 204): „Man wird vielleicht die Behauptung rechtfertigen konnen, ... daß jeder Mandatar, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich vorgeschrieben oder in der Natur der Verhaltnisse begründet ist, ermächtigt sei, als Stellvertreter des Mandanten zu handeln." Mit unserer Ansicht übereinstimmend scheint dagegen *Schiemann* in *Goldschmidt's* Ztschr. XVI S. 30, aber nicht mit genugender Bestimmtheit.

ſcheint es, als würde hiedurch Alles, was wir über den Einfluß des äußeren Auftretens auf das Willensprincip geſagt haben, gegenſtandslos. Dies iſt aber nicht der Fall. Denn natürlich findet von dieſem Satze eine Ausnahme ſtatt, wenn der Principal auch zu einer, das wahre Willensverhältniß verdeckenden Art des Abſchluſſes ſeine Zuſtimmung gegeben hatte; und endlich beim Specialmandatar insbeſondere auch dann, wenn derſelbe außer ſeinem Specialmandat, was ja ſehr häufig vorkommt, noch eine allgemeine Vollmacht beſitzt Denn dann iſt es dieſe Vollmacht, welche ihn Dritten gegenüber zu ganz ſelbſtändigem Auftreten ermächtigt. Letzterer Fall iſt beſonders ſehr praktiſch und rechtfertigt es, daß wir die Wirkungen des ſelbſtändigen Auftretens auch beim Specialmandatar beſtändig in's Auge gefaßt haben; es kommt alltäglich vor, daß Jemand, der ſpeciell zu einem Rechtsgeſchäft beauftragt iſt, daneben noch generelle Vollmachten hat, welche ihn berechtigen, ſich ſelbſtbeſchließend zu gerren.

Iſt der Mandatar dieſen Grundſätzen zuwider aufgetreten, ſo hat er inſoweit ſeine Vollmacht überſchritten. Dem Dritten gegenuber iſt der Principal nur inſoweit verpflichtet, als er es bei ordnungsmäßiger Geſtion geweſen wäre. Natürlich können aber auch die Verpflichtungen des Dritten nicht erhöht werden, der Principal kann ihm gegenüber das Geſchäft nicht anders behandeln, als es geſchloſſen wurde [391]); er kann es höchſtens für unverbindlich erklären. Hat alſo der Specialmandatar ſich ordnungswidrig als ſelbſtbeſchließend dargeſtellt und z. B. das Pferd x trotz ſeiner ihm bekannten Mängel gekauft, ſo kann der Principal noch immer nicht die actio redhibitoria anſtellen, wohl aber den ganzen Kauf als nichtig behandeln; ebenſo braucht ſich der Dritte nicht die actio quanto minoris gefallen zu laſſen, ſondern kann verlangen, daß das Geſchäft entweder ratihabirt oder gänzlich ſtornirt werde. Inſoweit aber die Art des äußeren Auftretens die Wirkungen des vom Stellvertreter abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfts nicht alterirt, bleibt natürlich auch dieſe Unregelmäßigkeit des Stellvertreters belanglos.

§ 38.

Einfluß örtlicher und zeitlicher Grenzen des Rechts bei der Vornahme von Rechtsgeſchäften durch Stellvertreter.

Die Grundſätze uber den Einfluß der Grenzen des Rechts auf Rechtsgeſchäfte complicıren ſich, ſobald dieſelben durch Stellvertreter vor-

[391]) l. 13 D. de C. E. 18, 1, l. 16 D. de lib. ea 40, 12, l 51 D. de aed ed. 21, 1

genommen werden. Denn während bei Rechtsgeschäften in eigener Person jedesmal feststeht, wo und wann ein Rechtsgeschäft eingegangen wurde, und die Frage nur noch dahin lautet, inwieweit seine Wirkungen, durch Differenzen der Gesetzgebungen tangirt werden, ist im Fall der Stellvertretung, wenn der Stellvertreter nicht am selben Orte und im selben Moment handelt, wo er die Vollmacht erhält, vorerst zu ermitteln, wo und wann die Rechtshandlung für vollzogen zu gelten hat, um auf dieser Basis die weiteren Fragen beantworten zu können.

Dies soll zunächst mit Bezug auf die örtlichen Grenzen des Rechts geschehen. Und zwar ist hier wieder zu unterscheiden zwischen Gesetzen über die Form der Rechtsgeschäfte und Gesetze über deren Wirkungen.

I. Anlangend die Differenzen der Formgesetze in verschiedenen Rechtsgebieten sind wieder die beiden bereits oben (S. 268) unterschiedenen Arten von Formen auseinanderzuhalten, nämlich die Solennitätsformen im engeren Sinn, welche vor Allem auf Echtheit und Authenticität des Willens hinwirken, und die gewöhnlichen Formen, welche nur die Vollendung des Willens, allenfalls auch dessen Beweisbarkeit und Realität sichern.

Was vor Allem

a) die letzteren betrifft, so ist hier das eigentliche Anwendungsgebiet des Rechtssatzes locus regit actum, auf dessen bekannte Begründung und Bedeutung hier nur verwiesen zu werden braucht. Dieser Rechtssatz hat für unsere Auffassung der Stellvertretung, wonach sowohl der Vertreter als der Vertretene jeder selbständig einen Theil des Rechtsgeschäfts abschließt, die Consequenz, daß die Rechtshandlung eines jeden in der am Orte ihrer Vornahme geltenden Form erfolgen muß. Schließt also der Stellvertreter das ganze Rechtsgeschäft selbständig ab, so sind die am Orte des Abschlusses geltenden Formen zu beobachten. Bringt der Vertreter einen Theil des Geschäfts zu Stande, der Vertretene den andern, so z. B. der Dominus stellt Punctationen auf, der Stellvertreter stellt die Details des Vertrags fest, so sind zur Giltigkeit jedes dieser Acte die am Ort seiner Vornahme vorgeschriebenen Formen zu erfüllen. [302])

[302]) Es muß also, wenn für das Geschäft dort, wo der Stellvertreter handelt, eine besondere Form vorgeschrieben ist, diese beobachtet werden, und genügt es nicht, wenn die Vollmacht oder Ratihabition in dieser Form ertheilt wird. Unrichtig daher ist der Satz des Casaregis (I disc. 37), wogegen Scaccia de comm. § 2 gl. 7 num. 19 die richtige Ansicht hatte), daß es bei „contractus solennes" genüge, wenn nur Mandat oder Ratihaction in der erforderlichen Form erfolge. Ebenso muß, wenn für die Vollmacht oder Ratihabition am Ort, wo sie ausgestellt wird, eine Form vorgeschrieben ist, diese beobachtet werden, wenn auch der Vertrag, für den

Von dem Grundſatze, daß der Stellvertreter die am Orte ſeines Auftretens geltenden Formen zu beobachten hat, gibt es jedoch eine weitgehende Ausnahme inſofern, als unter Umſtänden der Satz locus regit actum durch Parteiwillen beſeitigt werden kann. Allgemein anerkannt iſt es nämlich, daß die Contrahenten eines Rechtsgeſchäfts auch berechtigt ſind, mit Umgehung der örtlichen Formvorſchriften einen Rechtsact in den Formen desjenigen Geſetzes zu errichten, dem derſelbe in Bezug auf ſeine Wirkungen unterworfen iſt. So können anerkanntermaßen zwei Deutſche, die in Frankreich einen Vertrag ſchließen, deſſen Wirkungen nach deutſchem Recht zu beurtheilen ſind, mit Giltigkeit auch die Formen des franzöſiſchen Rechts umgehen und blos die des deutſchen Rechts zu Grunde legen.[893]) Was für die Hauptcontrahenten eines Rechtsgeſchäfts gilt, hat natürlich auch auf deren Vertreter Anwendung. Doch iſt nicht zu überſehen, daß der Wille, ſich einem andern als dem localen Formgeſetz zu unterwerfen, erwieſen werden muß, weil ſonſt die Nichtbeobachtung der örtlichen Formvorſchrift die Vermuthung nahelegt, daß ein bindendes Rechtsgeſchäft gar nicht gewollt geweſen ſei. Eine ſolche Unterwerfung wird insbeſondere dann angenommen werden müſſen, wenn Angehörige desſelben Staates — und hier kommt es auf die Staatsangehörigkeit des Stellvertreters an, weil dies eine Frage ſeiner Willensbeſtimmung iſt — die ſich als Landsleute kennen, im Auslande contrahirten und das Geſchäft ein ſolches war, das im Inlande erfüllt werden ſollte.[894])

Soll aber die Handlung des Stellvertreters der Regel locus regit actum unterliegen, ſo muß ſie als ſelbſtändige Rechtshandlung nach außen erſichtlich ſein. Denn die Formvorſchrift gilt überhaupt nur für äußere Handlungen, nicht für rein interne Entſchlüſſe.

Tritt alſo der Stellvertreter als Bote auf, ſo iſt er keiner Formvorſchrift unterworfen. Gleichgiltig iſt, ob er Special- oder Generalvollmacht hatte; denn dritte Perſonen müſſen ſich darauf verlaſſen können, daß er einen unbedingten Willen des Principals hinter ſich hat, wie er angibt. Dieſer unbedingte Wille iſt dann aber eine Erklärung am

ſie beſtimmt iſt, nach ſeinen örtlichen Geſetzen keine ſolche erfordert. Unrichtig daher wieder Casaregis I. disc. 179, „daß auch die Giltigkeit der Ratihabition ſich in Beziehung auf örtliches Recht nach dem Vertragsorte richte: „quia ratihabitio ad locum et tempus retrotrahitur“ (?)

[893]) Vgl. Savigny Syſtem VIII. S. 358, Wächter im Arch. f. civ. Prax. XXIV. S. 377 flg. Fölix droit. int. I. S. 163. Bar, internat. P. u. Str. R. § 36.

[894]) Vgl. Bar a. a. O. S. 124 flg.

Aufenthaltsorte des Dominus und demnach ſind bei der Intervention von Boten jene Grundſätze über die Formen der Rechtsgeſchäfte anzuwenden, welche ſonſt bei Abweſenden angewendet werden.

b) Sind am Ort, wo der Stellvertreter handelt, Solennitätsformen vorgeſchrieben, am Orte der Bevollmächtigung aber nicht, ſo iſt Stellvertretung nicht ausgeſchloſſen. Es gilt dann auch bezüglich der Beobachtung dieſer Formen der Grundſatz locus regit actum mit den bezeichneten Ausnahmen.

Gelten dagegen ſolche Solennitätsformen zwar am Orte der Bevollmächtigung, nicht aber dort, wo der Stellvertreter handelnd auftritt, ſo dürfte zu unterſcheiden ſein zwiſchen Geſchäften, welche den Dominus einſeitig berechtigen, und ſolchen, die ihn auch verpflichten. Im erſteren Fall kann die Formvorſchrift wohl nicht hindern, daß er ein nach dem Recht des Auslandes ihm giltig deferirtes Recht annehme; vielmehr beſteht in ſolchem Falle die Formvorſchrift ohnedies nur zur Erſchwerung der Verpflichtung, dieſe aber iſt nach den Geſetzen des Auslandes giltig eingegangen worden. So kann eine in ausländiſchen Formen errichtete Schenkung an den Dominus von ihm mit Umgangnahme von den inländiſchen Schenkungsformen ratihabirt werden. Im letzteren der obigen Fälle aber beſteht die Form weſentlich zur Erſchwerung ſeiner Verpflichtung, und da er dieſe Verpflichtung mit der Ausſtellung der Vollmacht theilweiſe auf ſich nimmt, alſo dort handelt, wo er die Vollmacht ausſtellt, kommt die Formvorſchrift dieſes Orts zur Geltung, welche die Bevollmächtigung zu ſolchen Solennitätsacten für unzuläſſig erklärt.[305]) Demnach hat der Dominus dieſes Rechtsgeſchäft perſönlich vorzunehmen. Auch hier aber iſt es natürlich zuläſſig, daß die Parteien ſich dem Formgeſetze jenes Landes, nach deſſen Geſetzen der Vertrag in anderer Beziehung zu beurtheilen iſt, ausdrücklich unterwerfen.

II. Wir haben nunmehr den Einfluß örtlicher Rechtsverſchiedenheiten auf den Inhalt der durch Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeſchäfte herzuſtellen. Es iſt bereits oben (S. 96, 106) erwähnt worden, daß die herrſchenden Theorien in dieſem Punkt zu gar keinem Ergebniß führen. Die Theorie Savigny's nämlich legt den Willen des Stellvertreters in die Perſon des Vertretenen direct hinein; es bleibt aber offen, ob dies blos der natürliche Willen oder ſchon der durch das örtliche

[305]) Dem widerſpricht nicht, daß es dem Principal erlaubt wäre, perſönlich im Auslande die Handlung formfrei vorzunehmen; denn dann würde er eben im Auslande handeln.

Recht der Willenserklärung des Vertreters juriſtiſch beſtimmte Wille ſei. Die Repräſentationstheorie läßt die Handlung des Stellvertreters für den Dominus unmittelbar wirken, als hätte er ſie ſelbſt vorgenommen; unklar bleibt aber wiederum, ob dieſe zur Baſis der Wirkungen für den Dominus angenommene Vertreterhandlung blos die natürliche oder die bereits juriſtiſch qualificirte Handlung ſei. Faßt z. B. die Geſetzgebung A die Conventionalſtrafe im Zweifel als ausſchließende Bemeſſung das Vertragsintereſſe auf, während die Geſetzgebung B noch einen dieſelbe überſteigenden Schaden liquidiren läßt, dafern nicht das Gegentheil beſtimmt iſt, ſo geben, im Fall der Stellvertreter im Lande A die Conventionsſtrafe verſpricht, beide Theorien keinen ſicheren Aufſchluß, ob der Wille des Stellvertreters dem Repräſentirten mit der geſetzlichen Interpretation des Landes A, oder ohne dieſelbe zu inſinuiren ſei. Geſchieht das erſtere, ſo kann ein weiteres Intereſſe nicht liquidirt werden; geſchieht aber das letztere, ſo iſt dies möglich, weil dann die Legalinterpretation des Landes B, wo der Principal den Willen hat, zu Grunde zu legen iſt. Vom Standpunkt der Repräſentationstheorie ausgehend, haben mehrere Schriftſteller geſagt, da der Mandatar den Mandanten vollſtändig repräſentire, ſei es ſo anzuſehen, als habe der Mandant ſich ſelbſt an den Ort des Vertragsabſchluſſes hinbegeben [396]); man kann aber ebenſogut ſagen, daß, nachdem der Mandatar nur als Organ des Repräſentirten den Vertrag feſtſtellt, es ſo anzuſehen ſei, als ob er von ſeinem Wohnort aus brieflich contrahiren würde. Beſſer gegründet ſcheint die Anſicht von Bar [397]), welcher folgendermaßen unterſcheidet: Innerhalb der Grenzen der dem Repräſentanten ertheilten Vollmacht ſei die Erklärung des Repräſentanten, alſo auch das für dieſelbe maßgebende örtliche Recht entſcheidend, über jene Grenzen hinaus aber hafte der Repräſentirte nicht. Aber auch dieſe Anſicht leidet an bedeutenden Mängeln. Zunächſt führt ſie praktiſch zu den größten Schwierigkeiten; denn es liegt auf der Hand, daß dieſe Anſicht nicht mehr und nicht weniger bedeutet, als die Beurtheilung der Verpflichtung des Dominus nach zwei verſchiedenen Geſetzgebungen zugleich, nämlich innerhalb der Vollmachtsgrenze nach der ausländiſchen, behufs Feſtſtellung der Vollmachtsgrenze ſelbſt aber nach der inländiſchen Geſetzgebung Hiedurch könnte ein innerer Widerſpruch in die Normirung dieſer Verpflichtung hineingerathen. Z. B. der Principal im Land A läßt durch

[396]) So Fölix a. a. O. I S. 225. Story Comment. on the conflict of laws § 286b flg. u. die daſ. mitgetheilten Urtheile.

[397]) a. a. O. S. 261.

den Stellvertreter im Land B einen Kauf abschließen und ertheilt ihm hiezu die Specialvollmacht. Eine generelle Vollmacht besitzt der Stellvertreter nicht. Die Gesetzgebung des Landes B bestimmt, daß die Gefahr der Sache vom Verkäufer zu tragen sei, dafür aber der Käufer vom Tage des Abschlusses Zinsen vom Kaufpreis zu zahlen habe (vgl. z. B. H. G. B. Art. 289, 345). Die Gesetzgebung A aber läßt die Gefahr sofort auf den Käufer übergehen, enthebt ihn aber von der Verbindlichkeit zur sofortigen Verzinsung des Kaufpreises. Die Consequenz von Bar's Lehre wäre hier die: Die Gefahr der Sache geht nicht auf den Käufer über, weil dies nach der Gesetzgebung, unter der er contrahirte, keine Folge des Kaufes ist; aber auch die Verpflichtung zur Verzinsung des Kaufpreises trifft ihn nicht, weil dies nach den Gesetzen seines Wohnorts keine Folge des Kaufs ist, somit auch in der Specialvollmacht zum Kauf die Ermächtigung für den Stellvertreter die Verzinsung zu versprechen, nicht enthalten ist. Somit steht der Vertretene günstiger, als ihn irgend eine dieser Gesetzgebungen stellen will. Während also, wenn die Verpflichtung des Dominus nur nach den Gesetzen seines Wohnorts bestimmt wird, eine consequente Regelung derselben zu erwarten ist, kann durch den Satz Bar's eine völlig verkehrte Normirung derselben resultiren. Wir müssen also auch diese Auffassung ablehnen.

Es kann vielmehr von vornherein kein Zweifel sein, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäfts für jeden Betheiligten nur nach einer einzigen Gesetzgebung festzustellen sind. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist eine raisonnable Fixirung derselben überhaupt zu erwarten, das Gegentheil würde dem vermuthlichen Willen der Parteien jedenfalls widersprechen. Als das hienach maßgebende Gesetz kann aber nicht dasjenige angesehen werden, unter dessen Herrschaft der Stellvertreter das Geschäft vollzieht, da der Principal gewiß nicht den Willen hat, sich einer auswärtigen, ihm vielleicht gänzlich unbekannten Gesetzgebung zu unterwerfen.[xxx]) Sonach ist nur noch an die lex domicilii des Principals zu denken und hiemit sind wir bei jener Entscheidung angelangt, die für Verpflichtungen aus Verträgen unter Abwesenden überhaupt von der herrschenden Lehre des internationalen Privatrechts angenommen ist. In der That stimmt zu diesem Resultat auch die Absicht des Stellvertreters, der ja doch zunächst nur eine Verpflichtung für den Dominus, also auch an dessen

[xxx]) Vgl. auch die treffenden Entscheidungsgründe in R. O. H. G. Entscheid. VIII. Nr 38.

Wohnort herbeiführen will und dem die Rechtsfolgen, welche die lex loci an ſein Rechtsgeſchäft knüpft, gleichgiltig ſind.

Es iſt demnach für die Verbindlichkeit des Dominus aus Verträgen des Stellvertreters immer nur die lex domicilii maßgebend, ſowie ſich natürlich die Verbindlichkeit des Mitcontrahenten nur nach ſeinem heimatlichen Recht richtet.

Dieſe Regel erleidet Ausnahmen:

1. Nach gemeinem Recht hinſichtlich der Verträge über bewegliche und unbewegliche Sachen, inſofern als hier die jetzt allgemein anerkannte Geltung der lex rei sitae es mit ſich bringt, daß für Rechtsveränderungen an ihnen nur das Recht der belegenen Sache gilt, ohne Rückſicht auf den Wohnort des Eigenthümers.[399])

2. Bei ſolchen Verträgen, die ſofort am Orte der Abſchließung abgewickelt werden ſollen, da hier nach allgemeinen Grundſätzen das örtliche Recht des Erfüllungsorts als von den Parteien gewillkürt, anzuſehen iſt.[400]) Dieſe Unterwerfung unter das Recht des Erfüllungsorts iſt auch bei Verträgen durch Stellvertreter jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Principal den Stellvertreter mit dem Auftrag oder der Vollmacht zur ſofortigen Abwicklung ſeiner Geſchäfte in ein anderes Rechtsgebiet entſendet.

III. Wir gehen nun zu den Wirkungen zeitlicher Verſchiedenheiten der Geſetzgebung auf ſtellvertretende Rechtsgeſchäfte über.

Was hier

a) die Form der Rechtsgeſchäfte anbelangt, ſo ſteht hinſichtlich jener Rechtsgeſchäfte, welche auf Grund einer im Voraus ertheilten Vollmacht abgeſchloſſen werden, alles ſehr einfach. Es iſt ſtets die Form zu beobachten, welche zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeſchäfts gilt. Iſt aber das Rechtsgeſchäft ohne Vollmacht, in Erwartung nachfolgender Ratihabition geſchloſſen worden, ſo iſt zu unterſcheiden, ob das neue Geſetz eine bisher beſtandene Form des Rechtsgeſchäfts aufhebt oder eine bisher nicht beſtandene Form einführt. Im erſteren Falle iſt jedes Rechtsgeſchäft, welches der Stellvertreter unter der Herrſchaft des alten Geſetzes ohne

[399]) Vgl Bar a. a. O. S. 263. Nach öſterr. Recht gilt die lex rei sitae bekanntlich nur hinſichtlich unbeweglicher Sachen, während die beweglichen Sachen dem Grundſatz unterliegen: mobilia ossa sequuntur (vgl Unger, System I. S. 169 flg.), daher auch bei Rechtsveränderungen an beweglichen Sachen durch Stellvertreter nach dieſem Princip zu judiciren iſt.

[400]) Vgl. Bar S. 239.

Beobachtung der Form vorgenommen hat, nichtig, kann alſo auch nicht durch Ratihabition confirmirt werden; höchſtens könnte in der Ratihabition die neuerliche Vornahme desſelben liegen. Im letzteren Fall iſt wieder das noch nicht ratihabirte Rechtsgeſchäft noch nicht perfect, es ſind durch dasſelbe noch nicht definitiv Rechte erworben worden. Es muß daher, da das neue Geſetz zur Perfection ſolcher Rechtsgeſchäfte nun die Beobachtung gewiſſer Formvorſchriften verlangt, dem neuen Geſetze nachgekommen werden.[401]) Nur wird hier eine Ausnahme zu machen ſein für jene Fälle, wo die neue Formvorſchrift lediglich die Uebernahme von Verpflichtungen erſchweren will; iſt nämlich in ſolchen Fällen die Verpflichtung gemäß dem alten Geſetze gegenüber dem ſtellvertretenden Negotiorum Geſtor formlos übernommen worden und nur noch die Ratihabition des zu Berechtigenden ausſtändig, ſo braucht die neue Form nicht erfüllt zu werden, weil ja der zu Verpflichtende bereits gebunden und dem Dominus die Obligation deferirt iſt.

b) Auch was die Wirkungen des Rechtsgeſchäfts anbelangt, können, wie sub a) betont wurde, blos hinſichtlich der Geſchäfte eines ſtellvertretenden Negotiorum Geſtor, nicht auch hinſichtlich ſolcher Geſchäfte, die auf Grund bereits vorhandener Vollmacht abgeſchloſſen werden, Zweifel entſtehen. In Bezug auf die erſteren aber iſt zu unterſcheiden, ob das abgeänderte Geſetz eine Dispoſitivnorm oder eine zwingende Vorſchrift iſt.

Werden Dispoſitivnormen abgeändert und durch neue erſetzt, ſo iſt das Geſchäft des Negotiorum Geſtor immer nach dem älteren Geſetz, unter dem es vollzogen wurde, zu beurtheilen. Denn es iſt dann anzunehmen, daß der Inhalt der früheren Dispoſitivnorm Wille der Parteien geweſen ſei, an dem hienach zu beurtheilenden Rechtsgeſchäft hat der Vertretene das Ratihabitionsrecht erworben, welches ihm natürlich durch das neuere Dispoſitivgeſetz nicht entzogen werden ſoll. Dagegen können neu eingeführte Rechtsſätze zwingender Natur durch den einſeitigen Ratihabitionswillen des Dominus nicht ausgeſchloſſen werden; vielmehr ſollen unter ihrer Herrſchaft keinerlei Rechte gegen ihre Vorſchrift erworben werden, wodurch von ſelbſt die Rückwirkung der Ratihabition inſoweit

[401]) Die Repräſentationstheorie mußte conſequent zu dem Reſultate führen, daß die Form nicht erfüllt zu werden braucht, weil nach ihr das Rechtsgeſchäft vom Stellvertreter bereits in ſeiner Totalität vorgenommen iſt. Es iſt klar, daß dieſes Reſultat unrichtig iſt.

beſeitigt wird, als ſie in ihren Wirkungen mit dem neuen Geſetze in Widerſpruch geräth.[402])

II. Die Wirkſamkeit des ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfts für und gegen den Vertretenen.

§ 39.

Rechtsfähigkeit.

Da das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters dazu beſtimmt iſt, für den Vertretenen zu wirken, iſt die Frage, inwieweit dieſe Wirkung in deſſen Perſon eintreten kann, lediglich nach dem Vertretenen zu beurtheilen; die Rechtsfähigkeit des Vertreters bleibt hier gänzlich außer Betracht. Auch Rechte, die man perſönlich nicht erwerben könnte, kann man einem andern als Stellvertreter acquiriren; umgekehrt ſchließt der ſubjective Mangel des Commercium beim Vertretenen den Erwerb eines Rechts trotz der Rechtsfähigkeit des Vertreters aus.

Erhält ein Rechtsgeſchäft eine beſondere Qualification durch perſönliche Momente auf Seite des Contrahenten, ſo ſind auch dieſe immer der Perſon des Vertretenen zu entnehmen. So iſt insbeſondere hinſichtlich der Frage, ob ein Geſchäft Handelsgeſchäft ſei, immer auf die Perſon des Principals zu ſehen.[403]) Ebenſo bei der Frage, inwieweit ein Rechtsgeſchäft des Erbars wegen Verwandtſchaft des Mitcontrahenten einer beſonderen Anfechtung unterliegt.[404]) (Deutſch. Anfecht. Geſ. § 3 sub 2.)

---

[402]) Hat daher der Negotiorum Geſtor Geld zu einem Zinsfuß dargeliehen, der durch das neue Geſetz verboten wird, ſo können nach der Ratihabition Zinſen in der ausbedungenen Höhe nur bis zum Eintritt des neuen Geſetzes verlangt werden. War übrigens das Geſchäft des Negotiorum Geſtor ſchon einem zur Zeit ſeiner Vornahme geltenden Geſetze zuwider, ſo iſt es inſoweit nichtig, kann alſo auch nicht durch Aufhebung jenes Geſetzes ratihabitionsfähig werden; denn quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. Unrichtig iſt daher die Entſcheidung von Böcking Pand. S. 413. Wenn ein Negotiorum Geſtor für mich Geld auf Zinſen ausleiht, welche den jetzt erlaubten Zinsfuß überſteigen, in einem Jahre wird der bei dieſem Darlehen angenommene Zinsfuß geſetzlich, nach zwei Jahren genehmige ich alle Geſchäfte meines Geſchäftsführers: dann gilt der Zinsvertrag, wie er abgeſchloſſen worden iſt, für das letzte Jahr.

[403]) Vgl Laband a. a. O. S. 227 Not 64.

[404]) Vgl Coſack Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, S. 132.

§ 40.

Wirkungen des ſtellvertretenden Rechtsgeſchäfts.

Die unter der vorſtehenden Bezeichnung zuſammenzufaſſenden Fragepunkte finden eine einfache Beantwortung durch den Hinweis auf das bekanntlich im heutigen gemeinen Recht überall anerkannte Axiom, daß das Rechtsgeſchäft des Stellvertreters für den Vertretenen ebenſo wirkt, als ob er dasſelbe perſönlich vorgenommen hätte. Ein Durchgang des Rechts durch die Perſon des Stellvertreters findet alſo heutzutage nicht mehr ſtatt, dem Vertretenen kann aus der Perſon des Vertreters keine Minderung des aus dem Rechtsgeſchäft entſpringenden Rechtes erwachſen.

Inwiefern aber hinſichtlich der Vorfrage, welche Wirkungen das Rechtsgeſchäft für den Vertretenen erzeugt, die Willensbeſtimmung des Stellvertreters maßgebend iſt, das iſt bereits in den vorhergehenden Ausführungen dargeſtellt worden.

Im Anſchluſſe hieran iſt endlich noch die Frage nach der heutigen Geltung der adjecticiſchen Klagen zu erörtern.

§ 41.

Ueber die heutige Anwendbarkeit der adjecticiſchen Klagen.

Laband[405]) und Zimmermann[406]) ſtellen übereinſtimmend die Anſicht auf, daß das moderne Gewohnheitsrecht, welches die dritte Stellvertretung anerkennt, das romaniſtiſche Inſtitut der adjecticiſchen Klagen in Abgang gebracht habe. Die Grundlage dieſer Anſchauung bildet bei ihnen die Auffaſſung, daß die adjecticiſchen Klagen wahre Stellvertretung im heutigen Sinne, d. h. Bezugnahme auf den Credit des Principals bei Eingehung des obligatoriſchen Vertrags zur Vorausſetzung gehabt hätten. Da in dieſen Fällen heute der Principal direct verpflichtet wird, für andere Fälle aber die adjecticiſchen Klagen nicht eingeführt waren, erachten dieſe Schriftſteller jenes Rechtsinſtitut für antiquirt.

Dieſer Behauptung ſteht nun vor Allem entgegen die Anſicht Derjenigen, welche die actiones institoria und exercitoria gar nicht von dem Vorhandenſein einer contractlichen Bezugnahme auf den Principal abhängig machen, ſondern ſie überall dort für anwendbar halten, wo der Geſchäftsführer objectiv innerhalb des Kreiſes ſeiner präpoſitionsmäßigen

[405]) a. a. O. S. 197
[406]) a. a. O. S. 124 flg.

Thätigkeit, wenn auch ohne Rückſicht auf das Vorhandenſein des Principals, einen obligatoriſchen Vertrag geſchloſſen hatte.[407]) Dieſe Schriftſteller kommen zunächſt zu der Conſequenz, daß der praeponens auch aus ſolchen Verträgen dem Dritten hafte und halten daher in allen Fällen, wo ein Inſtitor ꝛc., ohne ſich als Stellvertreter zu geriren, mit Dritten contrahirt hatte, die adjecticiſchen Klagen auch heute noch für zuläſſig.

Dieſe Anſicht erledigt ſich durch unſere oben (§ 3) gegebenen Ausführungen über die Vorausſetzungen dieſer Klagen. Wir ſuchten darzulegen, daß die bereits von Laband und Zimmermann vertretene Anſicht, wonach auch das römiſche Recht nur im Falle wahrer ſtellvertretender Bezugnahme auf den Präponenten eine Klage gegen dieſen zugelaſſen habe, die allein richtige iſt, und wenn dieſer Beweis uns gelungen iſt, iſt der eben bezeichneten Deduction die Baſis entzogen.

In anderer Weiſe wird die von uns angefochtene Anſicht begründet von Windſcheid.[408])

Windſcheid führt aus: „Wie, wenn der Angeſtellte u. ſ. w. ausdrücklich erklärte, daß er zwar in Ausführung des ihm ertheilten Auftrags, aber nichtsdeſtoweniger in eigenem Namen abzuſchließen gewillt ſei: würde man auch in dieſem Falle nicht ihn oder umgekehrt nur ihn wollen haften laſſen? Nur ihn — wo dies doch genau der Fall wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet ſind? Und was ausdrücklich erklärt wirkſam iſt, ſollte das weniger wirkſam ſein, wenn es aus den Umſtänden als gewollt unzweifelhaft erkannt werden kann?“ Aber auch dieſe Auffaſſung muß zurückgewieſen werden. Denn, wie Zimmermann mit Recht bemerkt, iſt mit obiger Mittheilung der Fall einer actio adjectitiae qual[is] nicht gegeben. Die bloße Mittheilung über die Motive des Contracts begründet noch keine derartige Contemplation des Principals, daß aus derſelben ein Klagerecht gegen dieſen folgen würde; vielmehr iſt ſie etwas juriſtiſch völlig Irrelevantes.

Man könnte vielleicht ſagen, es müſſe dem Inſtitor, wenn er als ſolcher zu Contracten im Namen des Präponenten bevollmächtigt iſt, freiſtehen, im eigenen Namen zu contrahiren, und nebſther auch eine Verbindlichkeit des Principals durch ausdrücklich auf dieſe Doppelhaftung

[407]) So Hellmann S. 80 sqq. Auch die Anſicht von Brinz (Pand. S. 1017) wäre nur unter der Vorausſetzung richtig, daß die adjecticiſchen Klagen dieſen weiteren Umfang gehabt hätten; dies wird aber von Brinz ſelbſt (ebenda) abgelehnt.

[408]) Pand. § 482 Anm 14

gerichteten Willen herbeizuführen; denn, wenn er den Principal allein verpflichten könne, warum solle er ihn nicht als Correalschuldner neben sich verpflichten können? Gesetzt aber auch, daß dies richtig wäre, so wäre hier eben doch die Klage gegen den Principal eine durch vertragsmäßige Willkür herbeigeführte und nicht die kraft Gesetzes eintretende adjectitia actio.

Uebrigens ist auch eine solche Berechtigung des Institor, den Principal neben sich zum Correalschuldner zu machen, in Abrede zu stellen; zum mindesten für zweiseitige Verträge. Denn die Vollmacht, für den Principal zu contrahiren, ist bei zweiseitigen Verträgen offenbar dahin zu beschränken, daß der Principal, wenn er zum Contractsschuldner gemacht wird, auch zum Gläubiger werden will. Der Institor ist nicht bevollmächtigt, den Principal zu verpflichten, ohne ihn auch entsprechend zu berechtigen. Er müßte daher den Principal auch gleichzeitig zum Correalgläubiger machen, wo sich aber sofort sehr deutlich zeigt, daß hier von adjecticischen Haftungsverhältnissen nicht mehr die Rede sein kann, weil der Principal bei den adjecticischen Obligationsverhältnissen bekanntlich nicht Gläubiger wird.[409])

Liegt ein solcher ausdrücklich auf Correalverschuldung gerichteter Wille nicht vor, dann muß man festhalten, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen über Willensinterpretation der mit einer einzigen Person — dem Institor — geschlossene Vertrag nicht für zwei Personen verbindlich sein kann. Denn gleichwie (in der Regel) nur eine Person (sei es nun Institor oder Präponent) aus dem Vertrage berechtigt wird, so liegt auch nur für diese Person ein Grund zur Uebernahme der Verpflichtung vor. Daß für die einheitliche causa zwei Obligationen begründet werden, daß eine Valuta mit der Obligation zweier Personen honorirt wird, das ist unnatürlich und entspricht im Zweifel nicht dem Willen der Parteien; es läßt sich nur durch das nicht ohne Weiteres anzunehmende Bestreben nach Erhöhung des Credits rechtfertigen. Eine adjecticische Doppelverpflichtung widerstrebt also heutzutage gewiß dem Parteiwillen. Etwas Anderes war es nach römischem Recht. Hier konnte der Principal jure civili durch den Institor nicht obligirt werden; dennoch mußte eine solche Verpflichtung oft wünschenswerth erscheinen, da wurde denn der unvermeidlichen Haftung des Institor die des Principals correal hinzugefügt; so entstand die Doppelhaftung, an welcher aber nur die Obligation des

[409]) l 1 § 18 D. de ex. a.° 14, 1.

Principals das von den Parteien eigentlich gewollte, die Obligation des Inſtitor aber nur das unvermeidliche Acceſſorium, die Vorausſetzung der erſteren war. Heutzutage liegt für dieſe dem Parteiwillen zuwiderlaufende Cumulation der Verbindlichkeiten kein Grund mehr vor.

Man ſcheint freilich gerade in dieſem Punkte der entgegengeſetzten Anſicht zu ſein und anzunehmen, daß der Dritte, der mit dem Inſtitor contrahirt, ſich möglicherweiſe ſowohl auf den Credit des Inſtitor, als des Präponenten verlaſſe. Dieſer Gedanke tritt insbeſondere deutlich bei Hellmann hervor, wenn derſelbe (S. 94) ſagt: „Die praktiſche Seite der Möglichkeit des inſtitoriſchen Contrahirens liegt auch in den Fällen, wo mit Kenntniß des inſtitoriſchen Verhältniſſes und Kenntniß der Perſon des Principals contrahirt wurde, klar zu Tage. Der dritte Contrahent hält den Inſtitor für creditwürdiger als den Dominus, möchte aber auch die Obligation des letzteren ſich nicht entgehen laſſen, oder es liegt ihm überhaupt daran, doppelt geſichert zu ſein; er erklärt dies vielleicht ſogar ausdrücklich . . .“ Hierin aber liegt meines Erachtens eine Unklarheit. Wer mit dem Inſtitor contrahirt, kann vernünftigerweiſe doch nicht erwarten, daß ſowohl der Dominus als der Inſtitor ſich beeilen, ihm zu ſeiner Beruhigung cumulativ haftbar zu werden; denn dieſe haben vielleicht durchaus keine Luſt, gegenſeitig für einander gutzuſtehen. Solche geheime Wünſche des Dritten werden alſo nicht berückſichtigt; wer creditirt, creditirt ganz und nicht halb. Wer nun Derjenige iſt, dem der Dritte ganz creditirt hat, ob Inſtitor oder Principal, das iſt quaestio facti, und die wahre Abſicht der Parteien wird hier oft ſchwer zu ermitteln ſein; aber man darf aus dieſer Schwierigkeit noch nicht folgern, daß nun beiden creditirt worden ſei und ſo das heikliche Entweder—Oder in ein unrichtiges Sowohl—als auch verwandeln.

Wir ſtimmen alſo mit Laband und Zimmermann darin überein, daß auch wir eine adjecticiſche Haftung heute nicht für vorhanden erachten. Haben die Contrahenten nicht ausdrücklich ein Bürgſchafts- oder Correalſchuldverhältniß begründet, ſo entſpricht es dem Parteiwillen nicht, eine doppelte Verpflichtung zu ſtatuiren; vielmehr iſt es dann je nach den Intentionen der Paciscenten entweder der Inſtitor oder der Principal, deſſen Verpflichtung als alleinige und ausſchließende Sicherung des dritten Contrahenten ſtatuirt werden muß.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie. Wien, Stadt, Augustinerstraße 12.

Digitized by Google

Digitized by Google

Princeton University Library
32101 067728939

Digitized by Google